

**SITTENWIDRIGKEIT VON UNTERHALTSVERZICHTEN
UND DIE RÜCKGRIFFSMÖGLICHKEITEN
IN ANSPRUCH GENOMMENER DRITTER**

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte durch den Fachbereich der
Rechtswissenschaft der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von

MATTHIAS KOCH

aus Münster

~~1986~~

1985



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**SITTENWIDRIGKEIT VON UNTERHALTSVERZICHTEN
UND DIE RÜCKGRIFFSMÖGLICHKEITEN
IN ANSPRUCH GENOMMENER DRITTER**

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte durch den Fachbereich der
Rechtswissenschaft der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
MATTHIAS KOCH
aus Münster

1986

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Holzhauer

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Schlüter

Dekan: Prof. Dr. Bleckmann

Tag der mündlichen Prüfung: 19.12.1985

1. Teil: SITTENWIDRIGKEIT VON UNTERHALTSVERZICHTEN
GEMÄSS § 1585 c BGB WEGEN DRITTBELASTUNG

A Einleitung	1
I Allgemeines zu § 1585 c	4
1 Rechtsnatur des Unterhaltsverzichts nach § 1585 c	4
a Verzicht bezüglich bereits entstandener Unterhaltsansprüche	6
b Verzicht bezüglich noch nicht entstandener Unterhaltsansprüche	8
aa Einordnung des Unterhaltsverzichts als antizipierter Erlaß	10
bb Parallele zum Haftungsausschluß (§§ 276 Abs 2, 476, 637)	13
c Ergebnis	18
2 Ausnahmecharakter des § 1585 c im gesetzli- chen Unterhalts- und Scheidungsfolgenrecht	19
3 Zeitlicher Anwendungsbereich des § 1585 c	19
4 Auswirkungen des Unterhaltsverzichts auf die Zahlungspflicht Dritter	20
a Ansicht des OLG Frankfurt/M FamRZ 84, 395	21
b Wertung	22
II Spannungsverhältnis zwischen Dispositions- freiheit und Drittinteressen	25
1 § 1585 c als Ausprägung der Privatautonomie	26
2 Subsidiarität von Verwandtenunterhalt und Sozialhilfe	31
B Darstellung des Meinungsstandes zur Unwirksam- keit von Unterhaltsverzichten wegen Drittbelastung	33
I Lösungsversuche außerhalb des § 138	33
1 Auslegung des Verzichts (§§ 133, 157) und Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage	33
a Auslegung des Unterhaltsverzichts	34

b Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage	35
2 Grundsätze des Vertrags zu Lasten Dritter	37
3 Verträge mit Lastwirkung gegenüber Dritten	38
4 Schutz des Verwandten gemäß § 1611	39
5 Unwirksamkeit des Verzichtsvertrages wegen mangelnder Verfügungsbefugnis des verzichtenden Ehegatten	41
a Eintreten des Sozialhilfeträgers und Überleitungsanzeige vor Unterhaltsverzicht aber nach rechtskräftiger Scheidung	43
aa Rückwirkender Verzicht	43
bb Verzicht für die Zukunft	44
(1) Ansicht von Gernhuber	45
(2) Überwiegende Ansicht: Verlust der Verfügungsbefugnis	46
b Überleitungsanzeige während noch bestehender Ehe	52
c Ergebnis	55
II Meinungsstand zur Lösung über § 138	56
1 Meinungsstand zu § 72 EheG aF	56
a Möglichkeit des Erkennens der Gefährdung Dritter	57
b Inkaufnahme einer Drittbelastung	58
c Überwiegende Ansicht: Schädigungsabsicht	59
d Argumentation der überwiegenden Ansicht zu § 72 EheG aF und deren Übertragbarkeit auf das geltende Recht	60
aa "Erkaufen" der schuldlosen Scheidung	61
bb "Menschlich anständige" Scheidung	62
cc Schwierigkeit der Kausalitätsfeststellung	64
dd Auseinanderfallen der Rechtskraft von Schuldausspruch und Verzicht	65
ee Zwischenergebnis	65

2 BGHZ 86, 82 ff	66
3 Meinungsstand zu § 1585 c	67
a Schädigungsabsicht als Sittenwidrigkeitsvoraussetzung	67
b Gernhuber, Göppinger	69
c Tendenz zur Objektivierung	70
4 Zwischenergebnis	72
5 Weiteres Prüfungsvorgehen	73
a Voraussetzung der Schädigungsabsicht als Beweislastproblem	73
b Beweiserleichterung nach den Grundätzen des Anscheinsbeweises?	74
aa Grundsätze des Anscheinsbeweises	74
bb Anwendbarkeit des Anscheinsbeweises auf innere Tatsachen	76
c Möglichkeit des Nachweises innerer Tatsachen durch Rückschlüsse	79
d Berücksichtigung des Gebots der Rechtssicherheit	80
C Tatbestandsvoraussetzungen des § 138	81
I Allgemeine Definition der Sittenwidrigkeit gemäß § 138	83
II Unterscheidung zwischen Inhalts- und Umstandssittenwidrigkeit	84
1 Begriff und Hauptfälle der Inhaltssittenwidrigkeit	84
2 Begriff und Besonderheiten der Umstandssittenwidrigkeit	86
a Allgemeines zum beweglichen Beurteilungssystem	87
b Fallgruppenbeispiele zu den Auswirkungen des beweglichen Beurteilungssystems	88
aa Sittenwidrigkeit aufgrund subjektiver äußerer Umstände	88
(1) Geliebtentestament	88

(2) Fallgruppe der Gläubigerbenachteiligung	90
bb Sittenwidrigkeit aufgrund objektiver äußerer Umstände (BGHZ 10, 228 ff)	91
c Subjektive Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit gemäß § 138	95
aa Fälle der Inhaltssittenwidrigkeit	95
bb Fälle der subjektiven Umstandssittenwidrigkeit	96
cc Fälle der objektiven Umstandssittenwidrigkeit	96
(1) Kenntnis der Umstände (herrschende Meinung)	97
(2) Mindermeinung: Verzicht auf subjektive Merkmale	98
(3) Wertung	100
d Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung als sittenwidrig	103
aa Unterhaltsverzichte nach rechtskräftiger Scheidung	105
bb Unterhaltsverzichte vor rechtskräftiger Scheidung	105
3 Ergebnis zu § 138	112
D Übertragung der allgemeinen Grundsätze zu § 138 auf den Fall des Unterhaltsverzichts	113
I Schädigungsabsicht der Ehegatten als Hauptzweck des Unterhaltsverzichts	114
1 Schädigung unterhaltspflichtiger Verwandter	116
2 Schädigung der Sozialhilfeträger	117
II Sittenwidrigkeit von Unterhaltsverzichten ohne Nachweis einer Schädigungsabsicht der Ehegatten	118
1 Unterhaltsverzichte vor Eheschließung und während der intakten Ehe	120
a Beschreibung des erfaßten Zeitraums	120
b Umfang der Gefahr einer Drittschädigung	121
aa Die Unterhaltstatbestände der §§ 1570 ff	125

(1) Kindesbetreuung (§ 157o)	125
(2) Unterhalt wegen Alters (§ 1571)	126
(3) Unterhalt wegen Krankheit (§ 1572)	127
(4) Unterhalt bis zur Erlangung einer angemessenen Erwerbstätigkeit (§ 1573)	128
(5) Unterhalt wegen Ausbildung (§ 1575)	129
(6) Unterhalt aus Billigkeitsgründen (§ 1576)	130
bb Fehlen anderweitiger Einkünfte (§ 1577)	130
cc Ausschluss des Unterhaltsanspruchs (§ 1579)	132
dd Leistungsfähigkeit des Verpflichteten (§ 1581)	132
c Ergebnis zur objektiven Vorhersehbarkeit einer Drittschädigung	132
d Denkbare Motive der Ehegatten	133
aa Eheschließungsfördernde Wirkung des Unterhaltsverzichts	134
bb Grundentscheidung zur wirtschaftlichen Unabhängigkeit	135
cc Unterhaltsverzicht als Gegenleistung für andere Zugeständnisse im Falle der Scheidung	135
e Ergebnis zu Unterhaltsverzichten vor oder während intakter Ehe	136
2 Unterhaltsverzichte "im Zusammenhang mit der Scheidung"	137
a Maß der Vorhersehbarkeit einer Drittschädigung	137
b Denkbare Motive der Ehegatten	138
c Wertung und Ergebnis zu Unterhaltsverzichten "im Zusammenhang mit der Scheidung"	140

2. Teil: RÜCKGRIFFSMÖGLICHKEITEN DES UNTERHALT
LEISTENDEN VERWANDTEN

A Darstellung des untersuchten Lebenssachverhalts	143
B Rückgriffsmöglichkeit gemäß § 1584 S 3 iVm § 1607 Abs 2	145
I Auslegung des § 1607 Abs 2 S 1	145
1 Auslegung nach dem Wortsinn	146
a Spezieller Sprachgebrauch des Gesetzes	146
b Allgemeiner Wortsinn	147
2 Berücksichtigung des Bedeutungszusammen- hangs des Gesetzes (systematische Auslegung)	151
II Analoge Anwendung des § 1607 Abs 2	154
III Analoge Anwendung des § 1615 b	156
C Grundsätze des "familienrechtlichen Ausgleichs- anspruchs"	160
D Rückgriffsmöglichkeiten aus Geschäftsführung ohne Auftrag	161
I Besorgung eines fremden Geschäfts	161
II Fremdgeschäftsführungswille	162
1 Regelfall: Irrtümliche Eigengeschäfts- führung gemäß § 687 Abs 1	162
2 Ausnahmsweise Feststellbarkeit eines Fremdgeschäftsführungswillens	163
3 Zweifel an der eigenen Unterhaltspflicht	164
III Berechtigung (§ 679)	165
IV Ergebnis zur GoA	166
E Erstattungsmöglichkeiten nach Bereicherungsrecht	166
I Bereicherung des Unterhaltsschuldners durch Leistung des Putativschuldners	168
1 Drittleistung gemäß §§ 267, 362	168
a Objektiver Tatbestand des § 267	169

b Subjektive Voraussetzungen des § 267	171
aa Erfordernis eines Fremdtilgungswillens	171
bb Vorliegen eines Fremdtilgungswillens im Zeitpunkt der Leistung	174
c Ausnahmsweise Entbehrlichkeit einer Fremd- tilgungsbestimmung	177
aa Fremdtilgungsbestimmung der Natur der Sache nach (BGHZ 75, 299 ff)	177
bb Entbehrlichkeit wegen Eintritts des Erfüllungserfolges	179
d Möglichkeit der nachträglichen Fremd- tilgungsbestimmung	180
aa Entwicklung der Lehre als Mittel zur Beseitigung unbilliger Ergebnisse	180
bb Bedürfnis für die nachträgliche Fremd- bestimmung im Unterhaltsregreß?	182
cc Dogmatische Herleitungsversuche	183
(1) v. Caemmerer	183
(2) Thomä	184
(3) Reuter/Martinek	185
dd Ergebnis	186
II Bereicherung in sonstiger Weise auf Kosten des Putativschuldners durch Zweckerreichung	186
1 Stellungnahmen in Rechtsprechung und Lehre zur Problematik der Zweckerreichung bei Unterhaltsleistungen	190
2 Anerkannte Grundsätze zur Zweckerreichung	194
a Der Begriff der Zweckerreichung	194
b Auswirkung der Zweckerreichung auf die Leistungspflicht des Schuldners	196
3 Zweckerreichung bei Unterhaltsschulden	198
a Wesen der Barunterhaltspflicht in ihrer gesetzlichen Ausprägung	198
b Möglichkeit der Nachholung von Unter- haltsleistungen	200

aa Nachholbarkeit der Unterhaltsgewährung, soweit gar keine Leistungen erfolgt sind	202
bb Keine Nachholbarkeit bei erfolgten Zuwendungen durch Dritte	204
c Herbeiführung des Unterhaltserfolges beim Berechtigten	206
aa Relative Bedarfsbestimmung des § 1578	207
bb Zweckerreichung bei (teilweiser) Erbrin- gung von Naturalunterhalt	209
4 Bereicherung in sonstiger Weise auf Kosten des Dritten	210
III Verhältnis zwischen Leistungs- und Eingriffskondition	211
IV Wegfall der Bereicherung (§ 818 Abs 3) beim wahren Unterhaltsschuldner?	214
V Geltung der §§ 1585 b, 1613 für Bereiche- rungsansprüche	216
1 Nichtanwendbarkeit der §§ 1585 b, 1613	217
2 Anwendbarkeit der §§ 1585 b, 1613	218
3 Vermittelnde Ansicht	218
4 Wertung	219
5 Voraussetzungen der §§ 1585 b, 284	222
a Entbehrlichkeit einer Mahnung nach § 284 Abs 2	223
b Entbehrlichkeit einer Mahnung nach allgemeinen Grundsätzen	225
c Ergebnis	226
F Ersatzmöglichkeiten aus unerlaubter Handlung	227
I Ersatzmöglichkeit nach § 823	227
II Ersatzmöglichkeit nach § 826	228
1 Sittenwidrigkeitsvoraussetzungen in § 826	228
2 Tatbestandsvoraussetzung der Schadens- zufügung	230
3 Schädigungsvorsatz	232

4 Rechtswidrigkeit und Verschulden	234
5 Mitverschulden des Geschädigten	234
6 Geltung des § 1585 b?	235

Literaturverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

Lebenslauf

1. Teil: SITTENWIDRIGKEIT VON UNTERHALTSVERZICHTEN
GEMÄSS § 1585 c BGB WEGEN DRITTBELASTUNG

A Einleitung

In den 50er und 60er Jahren vielfach diskutiert und auch heute noch aktuell, wie eine Entscheidung des BGH¹ und eine Reihe von OLG-Entscheidungen² aus neuerer Zeit zeigen, ist die Problematik der Wirksamkeit eines Verzichts auf Geschiedenenunterhalt, sobald aufgrund des Verzichts Dritte von dem Bedürftigen in Anspruch genommen werden.

Der Gesetzgeber hat sich in § 1585 c³ grundsätzlich für die freie Verfügungsmöglichkeit der Eheleute über den nachehelichen Unterhalt entschieden.

Während sich die Rechtsprechung mit dem Fragenkreis der Sittenwidrigkeit von Unterhaltsverzichteten nahezu ausschließlich im Zusammenhang mit Rückgriffsklagen der Sozialhilfeträger gemäß § 90 BSHG⁴ (früher der Fürsorgeverbände gemäß § 21 a RFV⁵) auseinanderzusetzen hatte, soll in der vorliegenden Arbeit der Schwerpunkt der Untersuchung auf eine zweite Gruppe von potentiell Belasteten gelegt werden, nämlich auf unterhaltspflichtige Verwandte, die der geschiedene Ehegatte infolge seines Verzichts in Anspruch nimmt.

1) BGH FamRZ 83, 137.

2) Aus der Vielzahl der OLG-Rspr vgl etwa:
OLG Hamm FamRZ 82, 1215
OLG Düsseldorf FamRZ 81, 1080
OLG Karlsruhe FamRZ 83, 174
OLG Zweibrücken FamRZ 83, 930
OLG Frankfurt/M FamRZ 84, 486.

3) §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

4) Bundessozialhilfegesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Mai 1983, BGBl I S. 613.

5) Reichsverordnung über die Fürsorgepflicht vom 13. Febr. 1924, RGBl I S. 100.

Freilich werden praktisch keine Rückgriffsklagen seitens dieser betroffenen Personengruppe rechtshängig gemacht. Über die Gründe kann nur spekuliert werden. Soweit Giese¹ dieses Phänomen damit zu erklären versucht, daß es näher liege, "sich auf Kosten öffentlicher Mittel zu einigen ... als durch den Verzicht Angehörige, etwa die erwachsenen Kinder zu belasten", erfaßt er nur die Fälle, in denen der Bedürftige zielgerichtet zur Belastung der Sozialhilfeträger auf Geschiedenenunterhalt verzichtet und damit nur einen Teil der zu einem Unterhaltsverzicht führenden Motive. M. E. dürfte die praktische Bedeutungslosigkeit von Rückgriffsklagen nachrangig unterhaltspflichtiger Verwandter auch nicht darin liegen, daß der Bedürftige, der auf Geschiedenenunterhalt verzichtet hat, immer nur die Sozialhilfe in Anspruch nimmt, nie aber seine Verwandten. Näher zu liegen scheint mir die Scheu der zahlenden Verwandten, derartige "Familienangelegenheiten" vor Gericht klären zu lassen und statt dessen der - uU nur vermeintlichen - Unterhaltspflicht wohl oder übel nachzukommen.

Die Problematik der Sittenwidrigkeit von Unterhaltsverzicht dürfte allerdings in zunehmendem Maße Bedeutung gewinnen, wenn die Sozialämter wegen der angespannten Finanzlage der Kommunen immer eingehender die Frage prüfen, ob nicht vorrangig unterhaltspflichtige Verwandte den Bedürftigen unterstützen müssen. In dieselbe Richtung weisen Überlegungen, den Personenkreis, der gemäß § 91 BSHG im Rückgriffswege in Anspruch genommen werden kann, über die erstgradige Verwandtschaft hinaus auszudehnen: Die Bundesregierung hat am 13. 7. 1983 einen von Familienminister Dr. Heiner Geißler vorbereiteten Gesetzentwurf zur Änderung des BSHG gebilligt und ihn als Teilstück eines umfangreichen Begleitgesetzes zum Bundeshaushalt 1984 dem Bun-

1) Giese, ZfF 78, 251, 252.

desrat zugeleitet¹. Der Entwurf sieht ua eine Erweiterung der Rückgriffsmöglichkeiten der Sozialhilfeträger durch eine Neufassung des § 91 Abs 1 BSHG in der Weise vor, daß die bisher in Satz 1 dieser Vorschrift angeordnete Beschränkung der Inanspruchnahme auf Verwandte ersten Grades entfällt. Nach Ansicht der Bundesregierung sollen die zuständigen Behörden nach Anspruchsüberleitung künftig auch von entfernteren Verwandten des Hilfebedürftigen (z B Großeltern oder Enkeln) Ersatz ihrer Aufwendungen verlangen können².

Hier wird sich dann auch die Frage des Regresses gegen den an sich unterhaltspflichtigen geschiedenen Ehegatten stellen, der bei Leistungen der Sozialhilfeträger durch die Regelung in § 90 BSHG weitgehend unproblematisch ist, im Falle des Eintretens der Verwandten jedoch eine Reihe von zum Teil noch nicht hinreichend geklärten Rechtsfragen aufwirft, denen im zweiten Teil der Arbeit nachgegangen werden soll.

Dabei ist einmal denkbar, daß der Verwandte trotz der Erkenntnis, daß der Verzicht unwirksam ist, bis zur diesbezüglichen gerichtlichen Klärung "für den unterhaltspflichtigen Ehegatten" Unterhalt leistet, zum anderen und insbesondere aber auch, daß der Verwandte zunächst in der Überzeugung, dazu verpflichtet zu sein, Unterhalt leistet und erst später zu der Erkenntnis gelangt, daß der seine Zahlungen auslösende Verzicht unwirksam sein könnte und nunmehr im Rahmen eines Rückgriffsprozesses seine Leistungen ersetzt verlangt.

1) Bundesrats-Drs 302/83.

2) Zur Kritik dieser Bestrebungen vgl Beckmann FamRZ 83, 863, 866, der im Anschluß an Giese FamRZ 82, 13 und 666 § 91 Abs 1 S 1 BSHG in der geltenden Form als eine auf wohldurchdachten Überlegungen beruhende Norm ansieht, deren Ausweitung zu starken interfamiliären Spannungen führen könne. § 91 Abs 1 S 1 BSHG leiste in der geltenden Fassung einen unverzichtbaren Beitrag zum Abbau der durch die Scheu vor dem Gang zum Sozialamt bedingten sog "verdeckten" Armut.

I Allgemeines zu § 1585 c

§ 1585 c eröffnet den Ehegatten die Möglichkeit, über die Unterhaltspflicht für die Zeit nach der Scheidung "Vereinbarungen" zu treffen.

Diese Vereinbarungsmöglichkeit besteht trotz einschneidender Änderungen des Unterhaltsrechts in anderer Hinsicht bereits seit langem: Schon das Ehegesetz 1938 sah in § 80 die Disponibilität des nachehelichen Unterhalts vor. Diese Regelung wurde unverändert als § 72 in das Ehegesetz 1946 übernommen.

1 Rechtsnatur des Unterhaltsverzichts nach § 1585 c

Neben der Möglichkeit, von der gesetzlichen Regelung in §§ 1569 ff abweichende Vereinbarungen über Art¹ und Umfang² des nachehelichen Unterhalts zu treffen (die als im wesentlichen bloße Modifikationen idR kaum zu nennenswerten Drittbelastungen führen dürften) erlaubt § 1585 c den Ehegatten nach ganz einhelliger Meinung in Abweichung zu § 1614 Abs 1 auch, - und hierin liegt die besondere praktische Bedeutung der Vorschrift - auf nachehelichen Unterhalt ganz zu "verzichten". Der Begriff des "Unterhaltsverzichts" wird in Rechtsprechung und Literatur seit jeher allgemein verwendet und auch das Gesetz spricht in § 1614 Abs 1 von einem "Verzicht" auf Unterhalt. Gemeint ist mit einem "Unterhaltsverzicht" eine Absprache zwischen Unterhaltsgläubiger und Unterhaltsschuldner des Inhalts,

-
- 1) Anstelle des gemäß § 1585 grundsätzlich geschuldeten Barunterhalts in Form einer monatlichen Rente kann z B die Zurverfügungstellung sonstiger Vermögenswerte (z B Wohnung) vereinbart werden, wie auch die in § 1585 Abs 2 an besondere Tatbestandsvoraussetzungen gebundene Kapitalabfindung.
 - 2) Hinsichtlich des Umfangs spielt neben der summenmäßigen Bestimmung der Unterhaltsrente insbesondere deren zeitliche Begrenzung eine Rolle (sog Übergangshilfe).

daß dieser die gesetzlich an sich geschuldeten Unterhaltsbeträge nicht (mehr) soll leisten müssen. Der allgemeine Gebrauch des Begriffs "Unterhaltsverzicht" erstaunt deshalb, weil das BGB schuldrechtsdogmatisch einen Verzicht im Sinne eines einseitigen Sich-Begebens einer Forderung als Erlöschensgrund für ein Schuldverhältnis gar nicht kennt. Lediglich im Sachenrecht gibt das Gesetz in §§ 875, 976, 1255 dem Rechtsinhaber die Möglichkeit der einseitigen Rechtsaufgabe mit Wirkung zugunsten eines anderen.

Im Schuldrecht bezeichnet das BGB einen "Verzicht" des Gläubigers auf seine Forderung als "Erlaß" der Schuld und fordert hierzu einen Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner (§ 397 Abs 1). Die damit bewirkte Einhaltung des Vertragsprinzips entspricht dem auch sonst im Schuldrecht geltenden Gedanken, daß sich niemand einen Vermögensvorteil aufdrängen zu lassen braucht¹. Eine gewisse Lockerung des Vertragsprinzips kann für den "Verzicht" auf ein Recht in der Praxis jedoch durch die weitgehende Zulassung einer stillschweigenden Annahme des Angebots auf Abschluß eines Erlaßvertrages durch den Schuldner erreicht werden².

Soweit auf die Rechtsnatur des Unterhaltsverzichts überhaupt eingegangen wird, wird dieser als Erlaßvertrag iSd § 397 Abs 1 eingeordnet³. Es fragt sich jedoch, ob diese rechtliche Qualifizierung der Natur des Unterhaltsverzichts in vollem Maße gerecht wird. Der Erlaß einer Schuld setzt nämlich begrifflich deren

1) Eine gesetzliche Ausnahme des Vertragsprinzips enthält der Vertrag zugunsten Dritter, der ohne Mitwirkung des Gläubigers diesem ein vertraglich begründetes Recht gewährt. Auch hier kann der Gläubiger das Recht aber gemäß § 333 zurückweisen.

2) Dazu Esser/Schmidt AT § 21 I 1 aE.

3) So etwa Göppinger Rdn 1323
Göppinger, Vereinbarungen Rdn 309
MK/Richter § 1585 c Rdn 28.

Bestehen voraus¹ und sei es auch nur betagt oder bedingt².

a Verzicht bezüglich bereits entstandener Unterhaltsansprüche

Da es um den Erlaß von Geschiedenenunterhalt geht, besteht eine Unterhaltspflicht erst ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bei Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 1569 ff. Danach würde § 397 Abs 1 nur Unterhaltsverzicht erfassen, die nach Rechtskraft der Scheidung geschlossen worden sind, was zulässig ist³. Da der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten vom Gesetz für den Regelfall nicht als einmal zu erbringende Leistung - etwa als Kapitalabfindung, vgl insoweit § 1585 Abs 2 - sondern als allmonatlich neu entstehende Rentenschuld ausgestaltet ist (§ 1585 Abs 1), müßte strenggenommen jeden Monat nach Entstehen des einzelnen Anspruchs ein Erlaßvertrag gemäß § 397 Abs 1 geschlossen werden. Eine solche Handhabung wird jedoch von niemandem vorgeschlagen; sie wäre auch völlig unpraktikabel. Insbesondere läge damit auch kein Unterhaltsverzicht für die Zukunft vor, der von § 1585 c ausnahmsweise zugelassen wird. Ein solcher Erlaß des Einzelanspruchs im nachhinein wäre mit § 1614 Abs 1 vereinbar und bezüglich jedes Unterhaltsanspruchs möglich. Eine Besonderheit für den Geschiedenenunterhalt bestünde danach nicht.

Eine andere Beurteilung könnte sich allerdings daraus

-
- 1) Pal/Heinrichs § 397 Anm 1 b
MK/v.Feldmann § 397 Rdn 5
RGZ 124, 325, 326;
148, 257, 262
BGH BB 56, 1086.
 - 2) MK/v.Feldmann § 397 Rdn 5
Pal/Heinrichs § 397 Anm 1 b
Enneccerus/Lehmann § 74 I 5
Staud/Kaduk 10./11. Aufl § 397 Rdn 58 ff
RGZ 148, 257, 262.
 - 3) Siehe dazu näher unten S.19 f.

ergeben, daß die Unterhaltsberechtigung zwei Ausprägungen hat, und zwar zum einen die allmonatlich entstehenden Rentenansprüche, von denen bisher ausschließlich die Rede war, und zum anderen das sog Unterhaltsstammrecht¹. Mit diesem Begriff wird das mit Scheidung der Ehe gemäß §§ 1569 ff entstehende Unterhaltsanrecht umschrieben, aus dem die monatlich fällig werdenden einzelnen Geldrentenansprüche erwachsen. Dieses Stammrecht entsteht kraft Gesetzes im Zeitpunkt der Rechtskraft der Scheidung oder auch zu einem späteren Zeitpunkt, was von dem "Einsatzzeitpunkt"² des jeweils eingreifenden Unterhaltstatbestands abhängt³. Um dem Entstehen einzelner, monatlich neu aus dem Stammrecht erwachsenen Geldrentenansprüche endgültig die Grundlage zu nehmen, ist es geboten, auf dieses Stammrecht zu "verzichteten". Da eine solche Endgültigkeit idR von den Ehegatten mit dem Unterhaltsverzicht angestrebt ist, muß dieser regelmäßig als Verzicht auf das Unterhaltsstammrecht verstanden werden⁴.

Nach Entstehen des Unterhaltsstammrechts - das kann, wie schon angedeutet, auch ein späterer Einsatzzeitpunkt als der der Rechtskraft des Scheidungsurteils sein - besteht der Unterhaltsanspruch dem Grunde nach, so daß es zutreffend ist, einen Verzicht nach diesem Zeitpunkt als Erlaßvertrag gemäß § 397 Abs 1 zu qualifizieren.

-
- 1) Dieser plastische Begriff stammt, soweit ersichtlich, von Hampel FamRZ 60, 421, 426.
 - 2) Begriff bei Diederichsen NJW 77, 355.
 - 3) Der regelmäßige Einsatzzeitpunkt eines der Unterhaltstatbestände der §§ 1570 ff ist der der Rechtskraft des Scheidungsurteils oder der Beendigung einer anderweitigen Unterhaltsberechtigung; lediglich die Tatbestände der §§ 1570, 1576 sind dadurch privilegiert, daß sie keine zeitliche Beschränkung kennen.
 - 4) MK/Richter § 1585 c Rdn 29 mwNw
Gernhuber § 25 IV 2
Göppinger, Vereinbarungen Rdn 309.

b Verzicht bezüglich noch nicht entstandener Unterhaltsansprüche

Unterhaltsverzicht während des oben geschilderten Zeitraums sind jedoch verhältnismäßig selten. Die eigentliche Bedeutung des § 1585 c liegt in Verzichten, die bereits vor Entstehen des Unterhaltsstammrechts, also namentlich¹ während bestehender Ehe oder gar vor Eheschließung² vereinbart werden und mit denen die Ehegatten "klare Verhältnisse" für den Fall einer Scheidung schaffen wollen. In diesen Fällen kann Gegenstand des Verzichts nur ein zukünftiger Anspruch sein, dessen Entstehen jedoch im Zeitpunkt der Vereinbarung - soweit diese nicht erst während des Scheidungsverfahrens getroffen wird oder kurz davor - in dreifacher Hinsicht ungewiß ist: Zum einen ist ungewiß, ob die Ehe überhaupt jemals geschieden werden wird, zum zweiten, ob im Scheidungsfalle zwischen den Ehegatten Geschiedenenunterhalt nach §§ 1569 ff geschuldet sein wird³ und drittens wird sich vielfach noch gar nicht absehen lassen⁴, wer Schuldner und wer Gläubiger eines Unterhaltsan-

- 1) Der weiterhin denkbare Zeitraum nach rechtskräftiger Scheidung, aber vor dem Einsetzen eines Unterhaltstatbestandes dürfte geringe praktische Bedeutung haben.
- 2) Gemäß § 1585 c sind nach allgemeiner Ansicht auch Unterhaltsvereinbarungen bereits vor Eheschließung zulässig; dazu näher unten S. 19 f .
- 3) Das Gesetz geht immerhin - dies zeigt der Grundsatz des § 1569 iVm den einzelnen Anspruchsvoraussetzungen nach §§ 1570 ff - vom "Prinzip der Eigenverantwortung" der Ehegatten nach der Scheidung aus (BT-Drs 7/650 S. 59 und 121).
- 4) Zur Voraussehbarkeit der Entstehung eines Anspruchs auf Geschiedenenunterhalt während der bestehenden Ehe siehe näher unten S. 121 f .

spruchs sein wird¹.

Es erscheint fraglich, ob auch ein solcher, sich auf einen nur möglicherweise entstehenden zukünftigen Unterhaltsanspruch beziehender Verzicht als Erlaßvertrag iSd § 397 Abs 1 qualifiziert werden kann. Dieser Frage wird in Rechtsprechung und Schrifttum - soweit ersichtlich - nicht nachgegangen; es findet sich lediglich - wohl im Hinblick auf die Ungewißheit darüber, wer von beiden Ehegatten im Scheidungsfalle unterhaltspflichtig werden könnte - vereinzelt der Hinweis², es sei ein gegenseitiger Erlaß erforderlich. Damit wird jedoch nur ein Teil der dogmatischen Bedenken erfaßt.

Der Verzicht würde sich allerdings dann auf eine bestehende Forderung beziehen, wenn der Anspruch auf Geschiedenenunterhalt während der Ehe als - aufschiebend, § 158 Abs 1 - bedingter Anspruch angesehen werden könnte, der nach herrschender Meinung "erlaßfähig" ist³.

Eine solche Bedingtheit des Anspruchs während bestehender Ehe kann jedoch nicht angenommen werden. Es würde dem Wesen der vom Gesetz als auf Dauer angelegt verstandenen Ehe (§ 1353 Abs 1 S 1) nicht gerecht, nähme man an, sogleich mit ihrer Eingehung entstehe bedingt ein Anspruch auf Geschiedenenunterhalt. Dessen Entstehen ist vielmehr erst im Zeitpunkt der Ehescheidung vom Eingreifen der einzelnen Anspruchsvorausset-

1) Richter (in MK § 1585 c Rdn 31) geht so weit, anzunehmen, daß "im Regelfall" jeder Ehegatte Gläubiger oder Schuldner eines nachehelichen Unterhaltsanspruchs werden könne. Daran ist richtig, daß es sich insbesondere im Falle sog Berufstätigenehen bei etwa gleichem Ausbildungsniveau der Ehegatten während der Ehezeit häufig nicht absehen läßt, welcher von beiden Ehegatten im Zeitpunkt der Scheidung das höhere Einkommen haben wird, an dem der andere Ehegatte gemäß § 1573 Abs 2 partizipieren kann.

2) Hampel FamRZ 60, 421 Fn 2.

3) Nachweise dazu oben S. 6 Fn 2.

zungen der §§ 157o ff abhängig. Allein der Umstand, daß der Unterhaltsanspruch nur Folge einer vorangegangenen Ehe sein kann und die einzelnen Unterhaltstatbestände darauf gerichtet sind, eine "ehebedingte" Bedürftigkeit zu erfassen¹, führt zu keiner anderen Sicht. Die "Ehebedingtheit" soll lediglich vermeiden, daß ein früherer Ehegatte für jede "schicksalsbedingte" Bedürftigkeit des anderen eintreten muß². Der Unterhaltsverzicht bezieht sich somit auf eine - noch ungewisse - zukünftige Forderung.

aa Einordnung des Unterhaltsverzichts als antizipierter Erlaß

Die Möglichkeit des Erlasses einer zukünftigen Forderung ist allerdings nicht unumstritten. Das Reichsgericht³ hielt den Erlaß einer zukünftigen Forderung für ausgeschlossen und hat den entschiedenen Fall über die Figur des pactum de non petendo gelöst. Mit dieser im BGB nicht vorgesehenen, jedoch allgemein als zulässig anerkannten⁴ Vereinbarung verspricht der Gläubiger dem Schuldner, die Forderung nicht geltend zu machen.

Dieser Lösungsweg erscheint jedoch für den Fall des Unterhaltsverzichts nicht gangbar. Er widerspricht dem Willen der Parteien und der Interessenlage: Das pactum de non petendo hat nämlich keine verfügende

-
- 1) So jedenfalls die Vorstellung des Reformgesetzgebers (vgl BT-Drs 7/65o S. 121 zu III 3); daß die Voraussetzung der Ehebedingtheit der Bedürftigkeit in §§ 157o ff nicht uneingeschränkt gilt, ist unten noch zu zeigen.
 - 2) So BT-Drs 7/65o S. 121 zu III 3.
 - 3) RGZ 148, 257, 262 im Anschluß an RGZ 124, 325, 326.
 - 4) BGH JZ 56, 119 f
Esser/Schmidt AT § 21 I 1 b
Larenz SchuldR I, § 19 I a
Blaurock ZHR 146 (1982) 239, 242.

Wirkung, der Schuldner wird also nicht befreit. Er erhält vielmehr nur die Möglichkeit, der Geltendmachung der Forderung im Wege der Einrede zu widersprechen¹. Dritten steht dagegen die Möglichkeit des Zugriffs auf die Forderung offen². Die bloße Schaffung einer Einrede ist von den Ehegatten beim Unterhaltsverzicht jedoch nicht gewollt. Sie wollen vielmehr erreichen, daß es im Falle einer Scheidung für möglicherweise nach §§ 1570 ff entstehende Unterhaltsansprüche von vornherein keine Grundlage gibt. Sie wollen, daß für sie die §§ 1569 ff gar nicht gelten.

Die heute herrschende Meinung³ hält demgegenüber den Erlaß einer noch nicht entstandenen Forderung im Ergebnis für möglich.

Die Rechtsprechung des BGH ist allerdings bezüglich der rechtlichen Einordnung eines solchen Erlasses widersprüchlich: In einer Entscheidung aus dem Jahre 1956⁴ führt der BGH aus, ein Erlaß noch nicht entstandener Forderungen falle nicht unter § 397 Abs 1, da dieser voraussetze, daß die fragliche Forderung bereits entstanden sei. Daraus wird jedoch nicht gefolgert, daß ein "Verzicht" auf eine noch nicht entstandene Forderung unzulässig sei. Eine solche Vereinbarung bewirke vielmehr, daß Forderungen künftig von vornherein nicht entstünden. Im Widerspruch dazu führt

1) Larenz SchuldR I § 19 I a.

2) Esser/Schmidt AT § 21 I 1 b.

3) BGH BB 56, 1086
BGHZ 40, 326, 330 = NJW 1964, 648
RGRK/Weber § 397 Rdn 18
MK/v.Feldmann § 397 Rdn 5
Blaurock ZHR 146 (1982) 239, 241
Esser/Schmidt AT § 21 I 1
Erman/Westermann § 397 Rdn 4
Jauernig/Stürner § 397 Rdn 2.

4) BGH, Urteil vom 27. 9. 1956, BB 56, 1086.

der BGH einige Jahre später¹ unter Berufung auf die obengenannte BGH-Entscheidung aus: "Auch der Erlaß einer zukünftigen Verbindlichkeit ist nach § 397 BGB möglich".

Richtig erscheint folgende Sicht: Die Argumente derjenigen, die den Erlaß künftiger Forderungen nach § 397 für ausgeschlossen halten, sind rein sprachlicher Natur. Mit derselben Argumentation könnte - und müßte konsequenterweise - die Abtretung künftiger Forderungen, die von der ganz hM im Grundsatz zugelassen wird², verneint werden. In beiden Fällen geht es gleichermaßen um die Frage, ob und inwieweit über einen erst künftig entstehenden Anspruch verfügt werden kann. Dabei muß es bei der antizipierten Forderungsabtretung wie beim antizipierten Erlaß für die mit der Verfügung bezweckte unmittelbare Rechtsänderung (hier Anspruchsübergang, dort Anspruchsuntergang) genügen, daß sich diese ohne weiteres rechtsgestaltendes Parteiverhalten selbständig vollzieht. Unmittelbare Rechtsänderung bedeutet nämlich nicht sofortige Rechtsänderung³. Folge des somit zulässigen Erlasses einer künftigen Forderung ist, daß diese überhaupt nicht entsteht⁴.

Bejaht man weiterhin die für die Zulässigkeit eines antizipierten Erlasses zu fordernde⁵ hinreichende

1) BGH, Urteil vom 28. 11. 1963,
BGHZ 40, 326 ff = NJW 64, 648.

2) BGHZ 30, 151; 53, 63
Erman/Westermann § 398 Rdn 11 ff
MK/Roth § 398 Rdn 60 mwNw.

3) Blaurock ZHR 146 (1982), 242 oben.

4) BGH BB 56, 1086, der allerdings den Erlaß künftiger Forderungen nicht unter § 397 faßt (so)
Blaurock ZHR 146 (1982), 242.

5) Bezüglich der einzelnen Zulässigkeitsvoraussetzungen kann auf die für die Abtretung künftiger Forderungen geltenden Grundsätze zurückgegriffen werden, vgl Esser/Schmidt AT § 21 I 1 a.

Bestimmtheit bzw Bestimmbarkeit der erlassenen Forderung, was aufgrund der gesetzlichen Ausgestaltung des Unterhaltsanspruchs in §§ 1569 ff möglich wäre, so ließe sich auch der während bestehender Ehe geschlossene Unterhaltsverzicht als Erlaß iSd § 397 Abs 1 einordnen.

bb Parallelele zum Haftungsausschluß (§§ 276 Abs 2, 476, 637)

Es fragt sich jedoch, ob diese rechtliche Einordnung dem Parteiwillen und den Besonderheiten des Unterhaltsverzichts gerecht wird.

Das Wesen des Erlasses liegt darin, daß die Parteien bestimmte Forderungen, und seien es auch zukünftige, beseitigen wollen. Eine Auswertung der zur Problematik des antizipierten Erlasses ergangenen Rechtsprechung zeigt, daß es in den zugrundeliegenden Fällen jeweils um die Verfügung über bestimmte Einzelansprüche ging, deren Entstehen konkret absehbar war. Eine vergleichbare Interessenlage kann bei einem Verzicht auf künftige Unterhaltsansprüche allenfalls dann angenommen werden, wenn dieser zu einem Zeitpunkt geschlossen wird, zu dem sich nach den Gesamtumständen klar voraussehen läßt, daß im Falle einer Scheidung der eine Ehegatte dem anderen unterhaltspflichtig werden wird. Eine solche sichere Voraussehbarkeit wird sich idR nur bei Verzichtsvereinbarungen in Scheidungsnähe feststellen lassen. Nur in diesem Fall steht den Ehegatten das Objekt ihrer Vereinbarung klar vor Augen.

In allen anderen Fällen ergibt sich jedoch eine ganz andere Interessenlage: Die Ehegatten wollen mit dem Verzicht erreichen, daß für sie Unterhaltsansprüche von vornherein gar nicht entstehen können. Sie wollen also nicht eine bestimmte, klar als in Zukunft bestehend vorhersehbare Unterhaltsverpflichtung beseitigen, sondern gewissermaßen eine Rechtslage schaffen, nach der es nachehelichen Unterhalt gar nicht gibt.

Im Einzelfall wird man sogar sagen können, daß sich die Ehegatten bei einem gegenseitigen Unterhaltsverzicht der - uU zur Zeit noch ganz unbestimmten - "Gefahr" entziehen wollen, im Falle eines Scheiterns der Ehe unterhaltspflichtig zu werden. Die Ehegatten wollen also mit anderen Worten die §§ 1569 ff abbedingen; die gesetzliche Scheidungsfolge der nachehelichen Unterhaltspflicht soll für sie gar nicht existieren.

Hier zeigt sich von der Interessenlage her eine deutliche Parallele zum vertraglichen Haftungsausschluß, wie er gemäß §§ 276 Abs 2, 476, 637 möglich ist. Hier wie dort wollen die Parteien mit ihrer Vereinbarung bestimmte Rechtsfolgen, die sich kraft Gesetzes aus ihrer Rechtsbeziehung - möglicherweise - ergeben können - aber nicht notwendig ergeben müssen - ausschließen. Typisches Merkmal eines solchen vertraglichen Haftungsausschlusses ist, daß die Parteien das Eingreifen bestimmter Rechtsfolgen ihrer Rechtsbeziehung (Schadensersatz- oder Gewährleistungspflicht) ganz oder teilweise ausschließen wollen und diesbezügliche Vereinbarungen treffen, bevor die Rechtsfolge eingetreten ist, ja bevor überhaupt feststeht, ob die Rechtsbeziehung die "befürchtete" Rechtsfolge auslösen wird. So wird sich idR etwa beim Abschluß eines Kaufvertrages noch gar nicht absehen lassen, ob eine nach § 476 ausgeschlossene Gewährleistungspflicht überhaupt entsteht. Der Haftungsausschluß hat damit eine "vorbeugende" Wirkung.

Die Frage der rechtlichen Einordnung eines solchen Haftungsausschlusses - auch Enthafungsvertrag¹, Haftungsverzicht² oder Haftungsfreistellung³ bezeichnet -

1) Enneccerus/Lehmann § 231, II
Gerhardt. Dies S. 18.

2) So zB RGZ 65, 313
BGHZ 2, 159, 160.

3) BGHZ 34, 355, 358
BGH JZ 54, 506.

wird nicht einheitlich beantwortet.

Früher sah eine verbreitete Ansicht im Haftungsausschluß einen Erlaß¹, wobei nur der Erlaß einer künftigen Forderung in Betracht kam. Für dieses Verständnis spricht zwar der Gesetzeswortlaut der §§ 276 Abs. 2, 476, 637, jedoch ist heute anerkannt, daß der vertragliche Haftungsausschluß von einem Erlaß der Schuld gemäß § 397 Abs 1 begrifflich zu unterscheiden ist². Gegenüber dem in §§ 276 Abs 2, 476, 637 angesprochenen Erlaß iSd § 397 hat der vertragliche Haftungsausschluß eine selbständige Bedeutung. Die Rechtsfolge eines vertraglichen Haftungsausschlusses besteht nach richtiger Ansicht darin, daß der abbedungene Anspruch gar nicht zur Entstehung gelangt³.

Diese Folge verkennt Geigel⁴, der den vertraglichen Haftungsausschluß als Erlaß gemäß § 397 Abs 1 einstuft. Er nimmt an, daß die gesetzliche Folge eines bestimmten Verhaltens, zB das Entstehen eines Schadensersatzanspruches nach § 823 Abs 1 bei einer schuldhaften Rechtsgutverletzung, durch eine vorherige Vereinbarung "wohl nicht" ausgeschlossen (oder eingeschränkt) werden könne, es aber aufgrund der Vertragsfreiheit zulässig sei, durch eine vorherige Vereinbarung die in Zukunft kraft Gesetzes entstehenden Schadensersatz-

1) Geigel JZ 54, 507
wNw bei Blaurock ZHR 146 (1982), 241 Fn 9.

2) Stoll S. 2
Gerhardt, Diss S. 17 f
Gerhardt JZ 70, 536
auch Blaurock ZHR 146 (1982), 242 lehnt die Qualifizierung als Erlaß ab.

3) BGHZ 12, 213, 215 = JZ 54, 505, 506 mwRsprNw
Stoll S. 1
Gerhardt, Diss S. 19 mwNw
Gerhardt JZ 70, 536, 537
Jauernig/Vollkommer § 276 Anm 2 b aa.

4) Geigel JZ 54, 507
Anm zu BGH JZ 54, 505 f.

ansprüche im voraus zu erlassen. Die gesetzliche Rechtsfolge gelange dann bei Vorliegen des schadensersatzbe gründenden Ereignisses - gewissermaßen für eine "logische Sekunde"¹ - zum Entstehen; sie erlösche jedoch sofort nach ihrer Entstehung aufgrund des Haftungsaus schlusses. Übertrüge man dieses Verständnis auf den Fall des Unterhaltsverzichts, so bedeutete dies, daß die rechtliche Wirkung des Verzichts erst im Zeitpunkt der Rechtskraft der Scheidung² eintreten würde, dh zwischen der Vereinbarung und deren Auswirkung ein uU sehr langer Zeitraum läge³.

Der Ansicht Geigels kann jedoch bereits für den Fall des Haftungsauschlusses nicht gefolgt werden. Die Unterscheidung zwischen Ausschluß der die Schadensersatzpflicht auslösenden Norm (die unzulässig sein soll) und antizipiertem Erlaß der durch sie ausgelösten Rechtsfolge (die zulässig sein soll) ist vom Gesetz her nicht geboten und auch von den Parteien nicht ge wollt. Die vom Gesetz aufgestellte Haftungsordnung, verstanden als die Einheit von Tatbestandsvoraussetzungen (zB §§ 459 ff, 633 ff) und deren Rechtsfolgen ist disponibel. Grenzen setzen hier nur die zwingenden gesetzlichen Haftungsregeln, wie zB §§ 276 Abs 2, 476, 619, 637⁴. Im übrigen können die Parteien die gesetz liche Haftungsordnung durch eine eigene modifizieren oder diese - wie beim Haftungsaus schluß - ganz abbe dingen⁵.

-
- 1) So auch das Verständnis der Auffassung Geigels bei Gerhardt, Diss S.19 Fn 12 ders JZ 70, 537 Fn 25.
 - 2) Bzw im Einsatzzeitpunkt des betreffenden Unterhalts tatbestandes, der auch zeitlich danach liegen kann.
 - 3) Die Frage des Zeitpunkts des Wirksamwerdens des Ver zichts kann bei der Frage des richtigen Beurtei lungszeitpunkts für die Sittengemäßheit eines Ver zichts eine Rolle spielen, dazu unten S. 105 ff .
 - 4) Auch außerhalb des BGB finden sich zwingende Haf tungsregeln, vgl etwa § 8 a Abs 2 STVG, § 49 LuftVG.
 - 5) So im Ergebnis auch Blaurock ZHR 146 (1982), 243.

Dieses Verständnis läßt sich auch auf Unterhaltsvereinbarungen übertragen: Hier unterliegt die gesetzliche "Haftungs"-Ordnung des Geschiedenenunterhaltsrechts - in dem Sinne, daß keine speziellen Grenzen der Disponibilität bestehen, wie sie § 1614 für das übrige Unterhaltsrecht aufstellt - der Parteiautonomie. Diese wird lediglich durch die allgemeinen Regeln, insbesondere § 138, begrenzt. Die Parteien können die "Haftungs"-Ordnung der §§ 1569 ff abwandeln, indem sie etwa einen bestimmten Unterhaltstatbestand ausschließen, zusätzliche Voraussetzungen für das Entstehen einer Unterhaltspflicht aufstellen oder das Maß des Unterhalts in einer von § 1578 abweichenden Höhe festsetzen. Insbesondere können sie aber auch die §§ 1569 ff vollkommen abbedingen. Im Verhältnis zum allgemein verwendeten Begriff des Unterhaltsverzichts wäre daher für die Fälle des Verzichts auf erst künftig entstehende Unterhaltsansprüche der Begriff der "Unterhaltsrechts-Abbedingung" präziser und weniger mißverständlich.

Die Abbedingung der §§ 1569 ff hat verfügende Wirkung. Diese Folge ist für den vertraglichen Haftungsaus-schluß anerkannt¹ und muß entsprechend auch für Unterhaltsverzichte gelten. Die Folge ist, daß nach Abschluß der Vereinbarung im Falle einer Scheidung ein Unterhaltsanspruch gar nicht entstehen kann, weil die anspruchsbegründenden §§ 1569 ff zwischen den Ehegatten nicht gelten. Nur dieses Verständnis eines Unterhaltsverzichts wird der Besonderheit gerecht, daß oft bei dessen Abschluß noch gar nicht absehbar ist, wer Gläubiger und wer Schuldner eines Unterhaltsanspruchs werden wird. In diesen Fällen bewirkt der Unterhaltsverzicht also, daß für beide Ehegatten zum einen das Risiko ausgeschlossen wird, im Falle einer Scheidung Unterhaltsschuldner zu werden, zum anderen aber auch

1) Stoll S. 1.

die Möglichkeit ausgeschlossen wird, einen Unterhaltsanspruch gegen den Ehegatten zu erhalten.

c Ergebnis

Der allgemein gebräuchliche Ausdruck Unterhalts-"Verzicht" ist mißverständlich, weil eine einseitige Aufgabe des Unterhaltsanspruchs nicht möglich ist. Dies gilt unabhängig davon, ob der Anspruch schon besteht oder erst künftig möglicherweise entstehen wird. Trotz dieser begrifflichen Ungenauigkeit soll auch hier der Begriff des Unterhalts-"Verzichts" verwendet werden, und zwar zum einen deshalb, weil er seit jeher eingebürgert ist und zum anderen, weil eine unmißverständliche schlagwortartige Bezeichnung für alle Fallgruppen von Unterhaltsverzichten kaum möglich erscheint. Die teilweise vorgenommene generelle Einordnung aller Unterhaltsverzichte als Erlaßvertrag ist unzutreffend, so daß etwa die Einführung des Begriffs des "Unterhaltserlasses" nicht alle denkbaren Fälle erfassen würde.

Die Rechtsnatur der Vereinbarung ist vielmehr je nach Zeitpunkt ihres Abschlusses unterschiedlich einzuordnen: Wird der Verzicht erst geschlossen, nachdem bereits ein Unterhaltsanspruch entstanden ist - also frühestens mit Rechtskraft der Scheidung - so liegt ein Erlaßvertrag gemäß § 397 Abs 1 hinsichtlich des bestehenden Unterhaltsanspruchs vor. Als Unterhaltsanspruch ist dabei jedoch nicht (nur) der monatlich jeweils neu entstehende Anspruch auf Geldrente zu verstehen, sondern das aus dem Eingreifen der §§ 1569 ff erwachsende Unterhaltsstammrecht. Durch Erlaß der aus diesem Stammrecht begründeten Unterhaltspflicht erlischt das gesamte Unterhaltsrechtsverhältnis mit Wirkung ex nunc.

Wird der Unterhaltsverzicht dagegen schon zu einem Zeitpunkt vereinbart, zu dem noch gar kein Unterhalt geschuldet ist, so wird nur eine Einordnung des Ver-

zichts als Abbedingungs-Vereinbarung zwischen den Ehegatten bezüglich der §§ 1569 ff dem Parteiwillen und der Interessenlage gerecht. Auch diese Vereinbarung hat verfügende Wirkung: Sie bewirkt, daß vom Zeitpunkt der Vereinbarung an die in §§ 1569 ff getroffene Regellungsordnung bezüglich nachehelichen Unterhalts zwischen den Ehegatten nicht mehr gilt, das spätere Entstehen eines Unterhaltsanspruchs zwischen den Ehegatten somit von vornherein ausgeschlossen ist.

2 Ausnahmecharakter des § 1585 c im gesetzlichen Unterhalts- und Scheidungsfolgenrecht

Die Disponibilität des nachehelichen Unterhalts stellt in zweifacher Hinsicht eine Ausnahmeerscheinung dar: Zum einen wird das im Unterhaltsrecht allgemein geltende¹ Verbot des Verzichts auf Unterhalt für die Zukunft (§ 1614) durchbrochen. Zum anderen besteht eine Ausnahme im Verhältnis zu der nur eingeschränkten Disponibilität des Versorgungsausgleichs, auf den während der intakten Ehe nur in einem notariell beurkundeten Vertrag verzichtet werden kann (§ 1408 Abs 2) und Vereinbarungen in Scheidungsnähe sogar der familiengerichtlichen Genehmigung bedürfen (vgl § 1587 c Abs 2).

3 Zeitlicher Anwendungsbereich des § 1585 c

Zwar legt der Wortlaut des § 1585 c ("die Ehegatten") die Annahme nahe, daß Vereinbarungen nur während der Ehezeit möglich sind. Gleichwohl ist in Rechtsprechung und Lehre allgemein anerkannt, daß der zeitliche Anwendungsbereich des § 1585 c weiter geht:

Zum einen wird ein Unterhaltsverzicht bereits vor Eingehen der Ehe zugelassen². Dies läßt sich einmal damit

-
- 1) Das gilt insbesondere auch für den Unterhalt während des Getrenntlebens (§ 1361).
 - 2) OLG Hamm FamRZ 82, 1215 mwNw
MK/Richter § 1585 c Rdn 14
Soergel/Haeberle § 1585 c Rdn 6
Diederichsen NJW 77, 217, 223.

begründen, daß der mögliche Ausschluß der zum Teil harten Scheidungsfolgenlasten sich eheschließungsfördernd auswirken kann¹. Zum anderen wird auch der Ausschluß des Versorgungsausgleichs gemäß § 14o8 Abs 2 entgegen dessen Wortlaut schon vor Eheschließung zugelassen² und durch eine entsprechende Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 1585 c dem Bedürfnis Rechnung getragen, im Zusammenhang mit einer Vereinbarung nach § 14o8 Abs 2 auch Abreden hinsichtlich des Unterhalts zu treffen. Darüber hinaus ist aber auch nach rechtskräftiger Scheidung ein Verzicht auf Geschiedenenunterhalt zulässig³. Im Gegensatz zur gerichtlichen Entscheidung über den Versorgungsausgleich, der - mit Ausnahme des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs (§§ 1587 f ff)- rechtsgestaltende Wirkung zukommt, hat die Entscheidung über den Geschiedenenunterhalt keine solche Gestaltungswirkung.

4 Auswirkungen des Unterhaltsverzichts auf die Zahlungspflicht Dritter

Der zwischen den Parteien vereinbarte Unterhaltsverzicht kann nur dann wegen Drittbelastung unwirksam sein, wenn er sich auf die Rechtsstellung Dritter auswirken, insbesondere deren Zahlungspflicht begründen kann. Für Verwandte kann sich bei Bedürftigkeit eines geschiedenen Ehegatten eine Unterhaltspflicht aus §§ 16o1 ff ergeben; für die Sozialhilfeträger kann

-
- 1) Zu diesem Motiv zum Abschluß eines Unterhaltsverzichts noch näher unten S. 134 .
 - 2) BGHZ 74, 38, 81 = FamRZ 79, 477, 488/489
Pal/Diederichsen § 14o8 Anm 3 b aa
Soergel/Gaul § 14o8 Rdn 27.
 - 3) Allg Ansicht, vgl etwa:
MK/Richter § 1585 c Rdn 13 mwNw in Fn 1o (zu § 72 EheG)
OLG Zweibrücken FamRZ 83, 93o hinsichtlich eines nach Ehescheidung geschlossenen Unterhaltsvergleichs.

eine Hilfeleistungspflicht nach den Regelungen des BSHG begründet sein.

a Ansicht des OLG Frankfurt/M FamRZ 84, 395

Das OLG Frankfurt/M¹ hat eine Auswirkung des Unterhaltsverzichts auf die Unterhaltspflicht der Verwandten des Bedürftigen gemäß §§ 1601 ff mit der Begründung verneint, der Verzicht wirke nur zwischen den Parteien. Die Voraussetzungen der Unterhaltspflicht gegenüber einem bedürftigen geschiedenen Verwandten seien unabhängig vom Bestehen oder Nichtbestehen des Unterhaltsverzichts zu beurteilen.

Dem Urteil lag die Klage eines Sozialhilfeträgers zugrunde, der aus übergegangenem Recht (§ 90 BSHG) von dem Vater einer geschiedenen Frau, die gegenüber ihrem Ehemann auf nachehelichen Unterhalt verzichtet hatte, Erstattung der an diese gezahlten Sozialhilfeleistungen verlangte. Das Gericht hat eine Unterhaltspflicht des verklagten Vaters, ohne auf die Frage der Wirksamkeit des Verzichts einzugehen, allein mit dem Hinweis darauf abgelehnt, die bedürftige Tochter hätte, um einen Unterhaltsanspruch nach §§ 1601 ff zu erlangen, die Leistungsunfähigkeit ihres früheren Ehemannes darlegen und beweisen müssen.

Im Ergebnis macht es nach dieser Ansicht für die Unterhaltspflicht der Verwandten also keinen Unterschied, ob der Bedürftige auf nachehelichen Unterhalt verzichtet hat oder nicht. Maßgeblich für das Eingreifen der subsidiären (vgl § 1584 S 1) Unterhaltspflicht der Verwandten ist also allein die allgemeine Regel des § 1584 S 2, die Leistungsunfähigkeit des früheren Ehegatten verlangt.

1) OLG Frankfurt/M Urteil vom 24. 1. 1984,
4 UF 165/83 FamRZ 84, 395.

b Wertung

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Sie verkennt die rechtlichen Auswirkungen eines Unterhaltsverzichts: Der wirksame Verzicht bewirkt, daß das nacheheliche Unterhalts-Rechtsverhältnis gar nicht zur Entstehung gelangt (bzw erlischt, soweit der Verzicht erst nach Entstehen der Unterhaltspflicht erfolgte, s o), da die §§ 1569 ff von den Ehegatten abbedungen sind. Damit steht bei Wirksamkeit des Verzichts endgültig fest, daß dem Bedürftigen kein Geschiedenenunterhalt zustehen kann¹.

Für den Fall, daß einem geschiedenen Ehegatten gegen den anderen ein Unterhaltsanspruch nicht zusteht, schrieb § 63 Abs 1 S 3 EheG aF ausdrücklich vor, daß "die Verwandten dem Berechtigten nach den allgemeinen Vorschriften über die Unterhaltspflicht den Unterhalt zu gewähren" haben. § 63 Abs 1 S 3 EheG aF ist zwar in die Nachfolgeregelung des § 1584 nicht übernommen worden; eine sachliche Änderung war damit jedoch nicht beabsichtigt², so daß dessen Regelungsinhalt als Selbstverständlichkeit weiter gilt³. Dann aber begründet ein Unterhaltsverzicht die subsidiäre Unterhaltspflicht der Verwandten.

Die vom OLG Frankfurt/M vertretene Beschränkung des Unterhaltsverzichts auf das Innenverhältnis läßt sich auch nicht auf eine Parallele zu der von der BGH-Rechtsprechung zum Gesamtschuldausgleich vertretenen Ansicht⁴

1) OLG Frankfurt/M FamRZ 84, 486
Erman/Ronke § 1585 c Rdn 17, 22.

2) Vgl die amtl Begründung des RegE zu § 1584 a Entw BT-Drs 7/650 S. 144, 145 zu 5: Der Inhalt des § 63 Abs 1 S 3 EheG aF wird dort als selbstverständlich und damit entbehrlich eingestuft.

3) So auch Beckmann FamRZ 83, 863.

4) BGHZ 12, 213; 35, 323; 58, 220;
zustimmend MK/Selb § 426 Rdn 18.

stützen, im Rahmen gesamtschuldnerischer Haftung mehrerer Schädiger wirke die Haftungsfreistellung eines der Schädiger nur inter partes. Abgesehen davon, daß der Ansicht des BGH in der Literatur nicht gefolgt wird¹, läßt sich diese auf die vorliegende Situation schon deshalb nicht übertragen, weil sich diese Auffassung speziell auf die Fälle der Gesamtschuld bezieht, der eine gleichstufige Haftung eigen ist, wohingegen die Verwandten nachrangig unterhaltspflichtig sind (§ 1584 S 1).

Der Bedürftige hat damit durch seinen Verzicht zwar nicht unmittelbar rechtsgeschäftlich den Verwandten verpflichtet (ein solcher Vertrag zu Lasten Dritter² wäre auch gar nicht zulässig), wohl aber hat er eine Situation herbeigeführt, in der die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwandtenunterhalts gemäß §§ 1601 ff eingreifen. Das in § 1584 S 1 normierte Rangverhältnis setzt denknотwendig mehrere mögliche Verpflichtete voraus, dh Nachrangigkeit des Verwandtenunterhalts besteht immer nur im Verhältnis zum unterhaltspflichtigen früheren Ehegatten (und selbst diesem gegenüber dann nicht, wenn es dem Bedürftigen schwerfällt, seinen Anspruch gegen den früheren Ehegatten durchzusetzen, vgl §§ 1584 S 3 iVm 1607 Abs 2³). Diese für den Verwandten unerfreuliche Folge liegt zum einen in dem gesetzgeberischen Zweck, den Bedürftigen besonders zu schützen, zum anderen in der strukturellen Verschiedenheit von Verwandtenunterhalt und Geschiedenenunterhalt: Die Verwandtschaft begründet ein lebenslängliches Unterhaltsgrundverhältnis, das seinen Grund

1) vgl Pal/Heinrichs § 426 Anm 5a sowie die dort genannten Autoren.

2) Dazu noch näher unten S. 37 f .

3) Zu Voraussetzungen und Wirkungen des § 1607 Abs 2 vgl im einzelnen die Darstellung im 2. Teil S. 145 ff.

in der "Solidarität der Generationen" findet¹ und dem nicht durch Vereinbarungen aus dem Wege gegangen werden kann. Die vorausgegangene Ehe schafft dagegen nur im Rahmen einzelner Unterhaltstatbestände ein Unterhaltsgrundverhältnis, dessen innerer Grund nach der Vorstellung des Reformgesetzgebers in der "nachwirkenden wirtschaftlichen Verantwortung der früheren Ehegatten füreinander" liegt² und das der freien Parteiverfügbarkeit unterliegt.

Daß das Verständnis des OLG Frankfurt/M verfehlt ist, zeigt auch eine Rechtsfolgenbetrachtung. Eine völlige Außerachtlassung des Unterhaltsverzichts im Verhältnis zu gemäß §§ 1601 ff unterhaltspflichtigen Verwandten würde zu einer unangemessenen Benachteiligung des Bedürftigen, der den Verzicht aus aner kennenswerten Motiven geschlossen haben mag, führen: Ein Verzicht auf nahehehlichen Unterhalt allein könnte nämlich nie das Entstehen eines Unterhaltsanspruchs gegen Verwandte auslösen; der Bedürftige müßte schon das "Glück" haben, den Verzicht mit einem ohnehin nicht verpflichteten, weil leistungsunfähigen, Ehegatten geschlossen zu haben (oder mit einem Ehegatten, gegen den die Rechtsverfolgung erschwert ist, §§ 1584 S 3 iVm 1607 Abs 2). In diesem Fall wäre der Verzicht im Verhältnis der Ehegatten zueinander jedoch faktisch bedeutungslos. In allen übrigen Fällen würde sich der Verzichtende im Falle seiner Bedürftigkeit mit dem Verzicht automatisch zum "Sozialhilfefall" machen.

Im Ergebnis zeigt sich, daß ein Unterhaltsverzicht entgegen der Ansicht des OLG Frankfurt/M sehr wohl die Unterhaltspflicht Verwandter nach §§ 1601 ff begründen kann. Im entschiedenen Fall hätte das Gericht daher richtigerweise die Wirksamkeit des Verzichts

1) So Holzhauer JZ 77, 73.

2) Begründung des RegE BT-Drs 7/650 S. 121.

überprüfen müssen.

Eine ganz andere Frage ist, ob nicht im Einzelfall im Regreßprozeß die Wirksamkeitsprüfung des Verzichts, die uU erhebliche Rechtsprobleme aufwerfen kann, aus prozeßökonomischen Gründen unterbleiben kann, wenn sich feststellen läßt, daß der Verzicht nicht kausal für die Inanspruchnahme Dritter war. An einer Kausalität fehlt es dann, wenn der Bedürftige auch ohne den Verzicht nach §§ 1569 ff keinen Unterhaltsanspruch gegen den früheren Ehegatten hätte, etwa weil keiner der Unterhaltstatbestände eingreift, der andere Ehegatte leistungsunfähig iSd § 1581 ist oder der Anspruch nach § 1579 ausgeschlossen ist. Voraussetzung ist dabei selbstverständlich nicht, daß der durch den Verzicht befreite Ehegatte in demselben Maß Unterhalt gewähren müßte, in dem der Verwandte nach § 1610 verpflichtet ist. Auch wenn der Ehegatte nicht den gesamten nach § 1578 geschuldeten Unterhalt leisten könnte, berührt dies seine Leistungsfähigkeit nicht dem Grunde, sondern nur der Höhe nach¹. In diesen Fällen wäre der Verzicht jedoch für einen Teil der Unterhaltungspflicht des Verwandten kausal, so daß dessen Wirksamkeit nicht ungeprüft bleiben darf.

Auf diese Kausalitätsfragen ist im zweiten Teil der Arbeit näher einzugehen.

II Spannungsverhältnis zwischen Dispositionsfreiheit und Drittinteressen

Freilich kann die Sittenwidrigkeit eines Unterhaltsverzichts weder mit dem Hinweis auf die Drittbelastung ohne weiteres bejaht noch mit dem Hinweis auf die durch § 1585 c gewährte freie Parteiverfügbarkeit pauschal verneint werden. Es besteht vielmehr ein Interessenkonflikt und ein Spannungsverhältnis zwi-

1) Dazu BGHZ 86, 82 ff - FamRZ 83, 137, 139.

schen der Dispositionsfreiheit einerseits und dem Schutz "unbeteiligter" Dritter andererseits. Bei der Überprüfung der Wirksamkeit eines Unterhaltsverzehrs müssen zwei gegenläufige gesetzliche Wertungen gegeneinander abgewogen werden.

1 § 1585 c als Ausprägung der Privatautonomie

Auf der einen Seite steht die gesetzliche Grundentscheidung für eine freie Parteiverfügbarkeit über den Geschiedenenunterhalt, deren Ausnahmecharakter bereits oben angesprochen wurde.

Der Grund dafür muß in den Besonderheiten des Geschiedenenunterhalts liegen. Während die Unterhaltungspflicht zwischen Verwandten auf einer dem Recht vorgegebenen Solidarität der Generationen, die einen lebenslänglichen Unterhaltstatbestand begründet, beruht und die Unterhaltungspflicht zwischen Ehegatten aus deren gewollter Schicksalsgemeinschaft folgt¹, ist der Geschiedenenunterhalt Folge der auflösbaren und aufgelösten Lebensbeziehung Ehe. Die innere Rechtfertigung einer nachehelichen Unterhaltungspflicht drängt sich seit Wegfall ihrer Anknüpfung an ein Scheidungsverschulden, bei der sich die Unterhaltungspflicht grundsätzlich als Folge einer Verletzung der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft darstellte, nicht ohne weiteres auf. In den Materialien zum 1. EheRG wird der innere Grund für die Geschiedenenunterhaltungspflicht aus der nachwirkenden Verantwortung des wirtschaftlich stärkeren Ehegatten für den anderen hergeleitet². Von diesem Ansatz aus folgerichtig betonte der Gesetzgeber die Vorstellung, daß nach der Neuregelung der Geschiedenenunterhalt "nicht allgemein jede schicksalsbedingte Bedürftigkeit stets und auf Lebensdauer" beheben, sondern nur eine ehebedingte Bedürfnislage ausgleichen

1) So Holzhauer JZ 77, 73.

2) Amtl Begründung des RegE, BT-Drs 7/650 S. 121.

soll¹. Folgerichtig erlischt die nacheheliche Unterhaltspflicht, sobald der Berechtigte eine neue Ehe eingeht (§ 1586). Weiterhin ist die gesetzgeberische Vorstellung von der "Zeitigkeit" der Unterhaltspflicht in fast allen Unterhaltstatbeständen dadurch ausgedrückt, daß Unterhalt nur "solange und soweit" geschuldet ist, als die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt sind².

Daß die gesetzgeberische Vorstellung in den §§ 157o ff nicht konsequent realisiert worden ist und das in § 1569 vorangestellte Prinzip der Eigenverantwortung, das durch klar umrissene Unterhaltstatbestände gesichert werden sollte, nicht eingehalten ist, wurde allerdings schon früh erkannt³. Wegen der Divergenzen zwischen der gesetzgeberischen Vorstellung der Ausgleiche ehebedingter Bedürfnislagen und der Ausgestaltung der §§ 157o ff ziehen andere die Fortwirkung ehelicher Beistandspflichten als tragenden Grund nachehelicher Unterhaltsansprüche heran⁴.

So problematisch und unklar seit jeher die Frage nach dem eigentlichen Grund für die Gewährung von Geschie-

-
- 1) Amtl Begründung aaO S. 121 unten.
 - 2) So in §§ 157o, 1572, 1573, 157o: dieselbe Zeitigkeit des Anspruchs ergibt sich für § 1575 schon aus dessen Natur.
 - 3) So stellte bereits Diederichsen (NJW 77, 353) fest, daß der theoretische Grundsatz der Eigenverantwortung "in einem Meer von nachehelichen Unterhaltsansprüchen untergegangen" sei. Verstöße gegen das vorangestellte Prinzip, die sich darin zeigen, daß §§ 157o ff nicht nur ehebedingte Nachteile beseitigen, sondern geradezu ehebedingte Vorteile aufrechterhalten, weist Holzhauser JZ 77, 329, 334 ff ausführlich nach. WNw zur Kritik an der Konzeption der §§ 157o ff bei Rolland § 1569 Rdn 7.
 - 4) Rolland § 1569 Rdn 6 f
Holzhauser JZ 77, 73, 74.

denenunterhalt ist¹, ist auch die Frage nach dem Grund für seine Disponibilität. Das Geschiedenenunterhaltsrecht war seit Inkrafttreten des BGB nachgiebiges Recht; Einschränkungen der Disponibilität waren weder im Hinblick auf verschiedene Ehe Typen noch für bestimmte Zeitabschnitte innerhalb der Ehe vorgesehen.

Zwar stellte Ramm² zu Beginn der Reformdiskussion die Forderung auf, das Scheidungsfolgenrecht differenziert nach Ehe Typen - insoweit bietet sich eine Unterscheidung zwischen Berufstätigenehe und Haushaltsführungsehe an - auszugestalten, um den besonderen wirtschaftlichen Situationen der Ehegatten gerecht zu werden. Eine solche Differenzierung hätte sich möglicherweise auch in einer unterschiedlich ausgestalteten Disponibilität des Unterhaltsrechts niederschlagen können. Der Gesetzgeber hat sich jedoch für eine Einheitslösung entschieden, die den Typ der Ehe unberücksichtigt läßt. Dies hat jedenfalls den Vorteil, daß Abgrenzungsprobleme vermieden werden und insbesondere keine Beurteilungsschwierigkeiten für die Ehen auftreten können, in denen sich der Typ der Ehe im Laufe ihres Bestehens geändert hat.

Ebensowenig sieht § 1585 c eine nach bestimmten Zeitabschnitten differenzierte Dispositionsmöglichkeit vor. Damit ergibt sich eine Abweichung von den Verfügungsmöglichkeiten über den Versorgungsausgleich. Diesbezügliche Parteivereinbarungen bedürfen gemäß § 1587 o dann einer familiengerichtlichen Genehmigung, wenn sie "im Zusammenhang mit der Scheidung" getroffen wurden. Diese im BGB ungewöhnliche Einengung der Privatautonomie gab im Hinblick auf Art 2 Abs 1 GG Anlaß zu einer verfassungsrechtlichen Überprüfung. Bundesver-

1) Schon die Motive (Mot IV S. 617, 618) beschränkten sich zur Rechtfertigung naheheglicher Unterhaltsansprüche auf Billigkeitssichtspunkte.

2) Ramm JZ 70, 753, 756 ff.

fassungsgericht¹ und BGH² haben den Genehmigungsvorbehalt als verfassungskonform beurteilt, wobei das Bundesverfassungsgericht in seiner Begründung den Gedanken des Schutzes der Ehegatten "vor sich selbst" in den Vordergrund stellte und den Schutz der Allgemeinheit vor einer Belastung durch unzureichend versorgte geschiedene Ehegatten eher als willkommene Nebenwirkung erscheinen ließ³.

Ob das über die Unterschiedlichkeit der Regelungen in § 1585 c und § 1587 o vereinzelt geäußerte Unverständnis⁴ gerechtfertigt ist, kann und soll hier nicht näher untersucht werden. Vielmehr ist von der durch § 1585 c vorgegebenen Gesetzeslage auszugehen.

Der Grund für die Disponibilität des Geschiedenenunterhalts läßt sich auch unter Heranziehung der Materialien zu den verschiedenen die Parteiverfügbarkeit anordnenden Vorschriften nicht ohne weiteres aufdecken.

Die Materialien zu § 1585 c nehmen nur Bezug auf die Vorgängerregelung in § 72 S 1 EheG aF und weisen darauf hin, daß zur Vermeidung unnötigen Streits im Scheidungsverfahren und im Interesse des Ausschlusses späterer Unterhaltsstreitigkeiten eine möglichst frühzeitige und endgültige Lösung der unterhaltsrechtlichen Beziehungen der Ehegatten für die Zeit nach der

1) BVerfG FamRZ 82, 769 ff = NJW 82, 2365.

2) BGH FamRZ 82, 471 ff = NJW 82, 1463.

3) Vgl BVerfG aaO S. 772: "Der Gesetzgeber konnte daher davon ausgehen, daß es im wohlverstandenen Interesse des Ausgleichsberechtigten liege, wenn dieser durch den Genehmigungsvorbehalt vor finanziellen Nachteilen geschützt wird, die für ihn nicht ohne weiteres erkennbar sind". Zum Drittschutzgedanken führt das BVerfG aus (aaO S. 772): "Damit wird gleichzeitig den Gemeinwohlbelangen Rechnung getragen, daß ein sozial schwacher Ehegatte ohne entsprechende Gegenleistung des anderen nicht zu Lasten der Allgemeinheit auf ihm zustehende Versorgungsansprüche verzichtet".

4) Bartsch ZRP 79, 96.

Scheidung erwünscht sei¹. Diese gesetzgeberische Vorstellung begründet allerdings noch nicht die abweichend von § 1614 zugelassene Disponibilität als solche. Auch ein Rückgriff auf die Materialien zu § 80 EheG 1938², der inhaltsgleichen Vorgängernorm des § 72 EheG 1946, liefert keine Begründung, vielmehr setzte § 80 EheG 1938 die Nachgiebigkeit des Geschiedenenunterhaltsrechts voraus. In beiden Regelungen wurde lediglich die schon zuvor geltende Disponibilität inhaltlich näher konkretisiert und gegenüber der bis 1938 entwickelten Rechtsprechung insoweit erweitert³, als beide Regelungen in Satz 2 klarstellten, daß eine vor Rechtskraft des Scheidungsurteils getroffene Unterhaltsvereinbarung nicht schon deshalb nichtig ist, weil sie die Scheidung erleichtert oder ermöglicht hat. In der amtlichen Begründung wird dementsprechend die Klarstellungsfunktion der Regelung hervorgehoben; gleichzeitig sollte aber auch die durch die uneinheitliche Rechtsprechung entstandene Rechtsunsicherheit beseitigt werden⁴.

Die gesetzgeberische Grundentscheidung, den Geschie-

- 1) Begründung des RegE zu § 1585 c BT-Drs 7/650, S. 149.
- 2) Amtl Begründung zu § 80 EheG 1938 in DJ 38, 1102, 1112.
- 3) Eine Darstellung des Meinungsstandes zur Wirksamkeit von Unterhaltsvereinbarungen vor Geltung des § 80 EheG 1938 findet sich in der aus 1939 stammenden Entscheidung RGZ 159, 162. Die restriktive Zulassung von scheidungsermöglichenden Unterhaltsvereinbarungen zeigt sich zB in der Entscheidung RGZ 126, 320 ff aus dem Jahre 1929.
- 4) Vgl die Amtl Begründung in DJ 38, 1112. Die die bestehende Rechtsunsicherheit beseitigende Wirkung des § 80 EheG 1938 spricht auch Mößner in einer Anm zu RGZ 159, 162 ff in DR 39, 308, 309 an. Der seit Geltung des BGB bestehende Streit um die Zulässigkeit scheidungserleichternder oder gar ermöglichender Parteiabsprachen wurde regelmäßig nur unter dem Gesichtspunkt des in § 617, 622 ZPO aF aufgestellten Grundsatzes des Eheschutzes geführt, während die Disponibilität des Geschiedenenunterhalts als solche nicht näher erörtert wurde.

denenunterhalt als nachgiebiges Recht zu gestalten, geht auf die bereits im BGB 1900 enthaltene Regelung des § 158o Abs 3 zurück, nach der die Vorschriften über den Verwandtenunterhalt im wesentlichen entsprechend auf den Geschiedenenunterhalt anzuwenden waren, das in § 1614 enthaltene Verbot des Verzichts auf Unterhalt für die Zukunft jedoch gerade von der entsprechenden Anwendung ausgenommen war. Dies begründen die Motive damit, daß der Geschiedenenunterhalt keinen "familienrechtlichen Charakter" habe und sich nicht als die Kehrseite einer sittlichen Pflicht des anderen Teils darstelle¹. Darüber hinaus wurden nur praktische Gründe dafür angeführt, es den geschiedenen Ehegatten zu ermöglichen, den Geschiedenenunterhalt durch Vertrag in verbindlicher Weise zu ordnen.

Danach kann der Grund für die Disponibilität nur in dem vom Verwandtenunterhalt abweichenden Charakter des Geschiedenenunterhalts als Scheidungsfolge oder - richtiger - Ehefolge liegen. Ebenso wie die Eingehung der Ehe von der freien Willensentscheidung der Ehegatten abhängt und auch die Scheidung durch einen gemeinsamen Willensentschluß herbeigeführt werden kann, sollen die Ehegatten auch die Unterhaltsfolgen der Ehe einvernehmlich selbst bestimmen können. Den Eheleuten soll die Möglichkeit offenstehen, mit dem Ende der ehelichen Gemeinschaft auch das für diese Lebensgemeinschaft typische Merkmal der gegenseitigen Fürsorge aufzugeben und fortan allein und eigenverantwortlich für ihren Unterhalt zu sorgen.

2 Subsidiarität von Verwandtenunterhalt und Sozialhilfe

Ein wegen der Disponibilität des Geschiedenenunterhalts möglicher Unterhaltsverzicht kann allerdings die Interessen Dritter beeinträchtigen.

1) Mot IV, 619.

Zum einen verweist § 1584 den bedürftigen geschiedenen Ehegatten vorrangig vor den nach §§ 1601 ff unterhaltspflichtigen Verwandten an den früheren Ehepartner. Diese Subsidiarität wird nur ausnahmsweise durch § 1607 unter dessen Voraussetzungen durchbrochen. Durch einen von § 1585 c zugelassenen Unterhaltsverzicht wird es den Ehegatten jedoch ermöglicht, den nächsthaftenden Verwandten von einem subsidiären zu einem primären Unterhaltsschuldner aufsteigen zu lassen. Damit steht § 1585 c in einem Spannungsverhältnis zu der in §§ 1584, 1607 ausgedrückten gesetzlichen Entscheidung der Subsidiarität des Verwandtenunterhalts.

Ein vergleichbares Spannungsverhältnis kann bei Fehlen oder Leistungsunfähigkeit unterhaltspflichtiger Verwandter im Verhältnis zwischen § 1585 c und § 2 BSHG bestehen, da durch einen Unterhaltsverzicht die Hilfeleistungspflicht der Sozialhilfeträger ausgelöst werden kann; Sozialhilfe soll nach ihrem gesetzlichen Zweck jedoch nur nachrangig dem zugute kommen, der sich nicht anderweitig selbst helfen kann.

Ob dem in § 1585 c ausgedrückten Interesse der Ehegatten an einvernehmlicher Regelung der unterhaltsrechtlichen Folgen der Ehe oder den durch die Subsidiarität geschützten Drittinteressen Vorrang einzuräumen ist, kann nicht allgemein festgestellt, sondern nur durch eine differenzierte Abwägung im Einzelfall entschieden werden. Beide gegenläufigen Interessen gelten nicht uneingeschränkt. Das verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmungsrecht, das Ursprung der Privatautonomie ist, findet seine Schranken in den berechtigten Interessen Dritter. Andererseits ist zu beachten, daß die Verwandten - ebensowenig wie sie einen Anspruch darauf haben, daß sich ein Verwandter durch Heirat aus dem Kreis potentieller Unterhaltsgläubiger herausbegibt - nicht uneingeschränkt darauf vertrauen dürfen, daß der verheiratete Verwandte endgül-

tig aus dem Kreis möglicher Berechtigter ausscheidet. Vielmehr lebt die Unterhaltspflicht der Verwandten wegen ihrer Subsidiarität als ruhende Unterhaltspflicht fort. Eine Scheidung, die keine Unterhaltspflichten zwischen den Ehegatten nach sich zieht, läßt die ruhende Unterhaltspflicht der Verwandten wieder aufleben.

B Darstellung des Meinungsstandes zur Unwirksamkeit von Unterhaltsverzichten wegen Drittbelastung

Bevor versucht wird, möglichst eindeutig feststellbare und damit dem Gebot der Rechtssicherheit genügende Abwägungskriterien herauszuarbeiten, soll ein Überblick über den Meinungsstand in Rechtsprechung und Lehre gegeben werden.

I Lösungsversuche außerhalb des § 138

Im Ergebnis abzulehnen sind zunächst die Versuche, eine Lösungsmöglichkeit außerhalb des § 138 zu finden.

1 Auslegung des Verzichts (§§ 133, 157) und Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage

Unter Geltung des § 72 EheG aF wurde vereinzelt versucht, der Problematik der Wirksamkeit eines Unterhaltsverzichts in Fällen einer Inanspruchnahme Dritter dadurch auszuweichen, daß man - entweder mit Hilfe der Auslegung oder der Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage - zu dem Ergebnis gelangte, der Unterhaltsverzicht betreffe gar nicht den nunmehr eingetretenen Fall der Bedürftigkeit eines der beiden früheren Ehepartner.

a Auslegung des Unterhaltsverzichts

Zu Recht auf Ablehnung gestoßen¹ ist die Ansicht², ein Unterhaltsverzicht sei in all den Fällen, in denen er nicht ausdrücklich auch für den Fall der Not vereinbart sei³, dahin auszulegen, daß er nur solange gelten solle, als der Verzichtende nicht der Fürsorge (heute Sozialhilfe) zur Last falle, sondern noch von Verwandten oder anderen Personen unterhalten werde. Zur Begründung wurde angeführt, es könne nicht der Wille des Verpflichteten, der durch seine Verfehlungen die Ehe zerstört habe, sein, nun noch seine Unterhaltungspflicht auf die Allgemeinheit abzuwälzen. Der Fall, daß der verzichtende Ehegatte fürsorgebedürftig werde, sei "in dem Erlaßvertrag nach Treu und Glauben nicht einbegriffen"⁴. Daher habe der unterhaltspflichtige Ehegatte den Fürsorgesatz als Existenzminimum zu zahlen. Abgesehen davon, daß regelmäßig zumindest die Vereinbarungen, bei denen ein Rechtsanwalt oder Notar beratend teilgenommen hat, den klarstellenden Hinweis, daß der Verzicht "auch für den Fall der Not" gelten soll, enthalten werden, wird durch eine solche Auslegung dem Vertrag ein nach der Lebenserfahrung von den Parteien idR gerade nicht gewollter Sinn unterstellt. Durch den Verzicht wollen die Parteien gerade den endgültigen Ausschluß einer Unterhaltungspflicht erreichen und dadurch "klare Verhältnisse" schaffen. Ist etwas anderes gewollt, so wird in dem Vertrag die Klausel "mit Ausnahme

1) Reinhardt S. 49 f
OLG Düsseldorf FamRZ 55, 293
Gernhuber § 30 XII 7
Hampel FamRZ 60, 422
Tipke FamRZ 54, 189.

2) LG Bonn ND 52, 274
Wiethaup MDR 54, 10.

3) In diesem Fall nimmt Wiethaup aaO S. 10 § 138 an.

4) So LG Bonn aaO S. 31 Fn 2.

des Falles der Not" ausdrücklich aufgenommen sein¹. Schließlich sei darauf hingewiesen, daß dieser Lösungsweg nur die Problematik einer späteren Inanspruchnahme der Sozialhilfeträger erfaßt, nicht aber die der Unterhaltsgewährung durch Verwandte.

b Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage

Ebensowenig ist eine Lösung über die teilweise angesprochenen² Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage möglich. Die Geschäftsgrundlage eines Vertrages wird gebildet durch die bei Abschluß des Vertrages zu Tage getretenen, von beiden Parteien oder von einer Partei für die andere erkennbar zugrunde gelegte Vorstellung über das Vorhandensein oder Vorhandenbleiben gewisser Umstände, auf denen der Geschäftswille der Parteien aufbaut³.

Derartige Umstände können hier nur in der gemeinsam vorausgesetzten Fähigkeit beider Ehegatten liegen, sich im Scheidungsfalle selbst unterhalten zu können. Die zur Geschäftsgrundlage entwickelten Grundsätze könnten aber ohnehin nur angewendet werden, wenn sich die vorausgesetzten Umstände seit Vertragsschluß wesentlich geändert hätten, woran es immer dann fehlt, wenn die Bedürftigkeit des einen Ehegatten bei Verzichtsabschluß bereits vorhergesehen wurde.

Aber auch im Falle einer wesentlichen Änderung der Umstände - zB unvorhergesehener Arbeitsplatzverlust eines Ehegatten in einer Doppelverdienerehe - scheidet

1) Dazu MK/Richter § 1585 c Rdn 30
ausführlich auch Göppinger FamRZ 70, 222.

2) Insbes Hampel FamRZ 60, 425 f
Reinhardt S. 50
vgl auch Tipke ZFF 53, 84 sowie
LG Kiel ZFF 54, 74.

3) RGZ 103, 332; BGHZ 25, 297; 40, 324
BGH NJW 82, 2185
Pal/Heinrichs § 242 Anm 6 B a
ähnlich Medicus Rdn 165.

eine Anwendung der Grundsätze der Geschäftsgrundlage aus. Dem Unterhaltsverzicht würde sein wesentlicher Sinn und Zweck genommen, läse man in ihn die gemeinsame Vorstellung der Ehegatten hinein, bei keinem der beiden könne im Scheidungsfall eine Bedürftigkeit eintreten. Diese Ungewißheit und das Risiko der Verschlechterung der Umstände wollen die Ehegatten gerade jeden selbst tragen lassen; das Entstehen einer Unterhaltspflicht soll endgültig ausgeschlossen werden. Der Verzicht ist seinem Sinn und Zweck nach unabänderlich. Aus diesem Grund verbietet sich auch eine Parallele zu den Fällen, in denen eine Unterhaltsrente vereinbart ist und bei denen im Fall einer wesentlichen Änderung der Verhältnisse die Rentenhöhe den geänderten Verhältnissen anzupassen ist¹. Derartige Unterhaltsverträge sind mit einem Verzicht deshalb nicht vergleichbar, weil mit diesem nicht nur eine vertragliche Festlegung des dem Grunde nach bestehenbleibenden Unterhaltsverhältnisses gewollt ist, sondern eine endgültige Aufgabe des Unterhaltsstammrechts verbunden ist, mit der Folge, daß es auch im Falle künftiger Unterhaltsbedürftigkeit nicht wieder aufleben kann². Zu demselben Ergebnis sind auch das RG³ und der BGH⁴ für den vergleichbaren Fall der Unterhaltsabfindung gelangt: In diesen Fällen erlischt durch Leistung der Abfindung das gesamte Unterhaltsrechtsverhältnis.

1) Dazu näher MK/Richter § 1585 c Rdn 40 ff mwNw.

2) OLG Düsseldorf FamRZ 84, 171, 173
BayObLG FamRZ 67, 224
Göppinger Rdn 1656
Pal/Diederichsen § 1585 c Anm 2 f.

3) RGZ 106, 396, 398 ff
RGZ 141, 198, 200 ff
RG JW 1925, 350.

4) BGHZ 2, 379, 384 = NJW 51, 759; bestätigt in
BGHZ 9, 255, 258 = NJW 53, 1100.

2 Grundsätze des Vertrags zu Lasten Dritter

Zum Teil wird versucht, die Wirksamkeit eines Unterhaltsverzichts nach den Grundsätzen des Vertrages zu Lasten Dritter zu beurteilen¹.

Dabei wird unter bestimmten Voraussetzungen angenommen², der Verzicht stelle einen - allgemein als unzulässig anerkannten³ - Vertrag zu Lasten Dritter dar oder es wird wegen einer Vergleichbarkeit der Wirkungen die Unwirksamkeitsfolge dieser Verträge auf Unterhaltsverzicht übertragen⁴.

Die Heranziehung der Grundsätze des Vertrags zu Lasten Dritter erscheint jedoch zur Lösung der Problematik nicht geeignet: Zum einen lassen auch die Befürworter dieser Lösung keineswegs allein die Auslösung einer Zahlungspflicht Dritter genügen, um den Verzicht als unwirksam einzuordnen. Vielmehr wird zusätzlich zumindest eine klare Vorhersehbarkeit der Inanspruchnahme Dritter verlangt⁵. Damit wird das eigentliche Problem, nämlich das der subjektiven Voraussetzungen, nur auf die Prüfung verschoben, wann ein Verzicht einen Vertrag zu Lasten Dritter darstellen soll. Eine andere Sicht wäre auch gar nicht mit § 1585 c vereinbar, der Unterhaltsverzicht gerade zuläßt, und zwar unabhängig von deren Auswirkungen.

Ein Unterhaltsverzicht erfüllt aber auch schon nicht die Voraussetzungen eines Vertrags zu Lasten Dritter:

-
- 1) So insbes OLG Karlsruhe FamRZ 83, 174
Auch Göppinger Rdn 1642 und
BGHZ 86, 82 ff=FamRZ 83, 137 ff sprechen davon,
daß ein Unterhaltsverzicht einem Vertrag zu Lasten
Dritter "nahekommen" könne.
 - 2) Vgl OLG Karlsruhe aaO (Fn 1).
 - 3) BGHZ 58, 220; 61, 361; 68, 231
Pal/Heinrichs Einf vor §328 Anm 5 a.
 - 4) So wohl Göppinger Rdn 1642 und
BGHZ 86, 82 ff=FamRZ 83, 137 ff.
 - 5) OLG Karlsruhe FamRZ 83, 174.

Ein solcher setzt nämlich eine unmittelbar vertraglich vereinbarte Benachteiligung eines Dritten voraus, die diesem Rechte entzieht oder Pflichten auferlegt. Ein Verzicht nach § 1585 c wirkt unmittelbar jedoch nur im Verhältnis der Vertragschließenden. Die mögliche Tangierung Dritter folgt nur mittelbar aus der gesetzlichen Regelung über den Verwandtenunterhalt gemäß §§ 1601 ff und über die Hilfspflicht nach dem BSHG.

3 Verträge mit Lastwirkung gegenüber Dritten

Zutreffend grenzt Martens die Verträge zu Lasten Dritter von solchen mit "Lastwirkung gegenüber Dritten" ab¹. Ein solcher Vertrag liegt vor, wenn durch Vereinbarungen der Parteien die Chancengleichheit nicht am Vertrag beteiligter Personen auf Abschluß und inhaltliche Gestaltung von rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen künstlich verringert wird². Zu den typischen Fallgruppen eines solchen Vertrages mit Lastwirkung gegenüber Dritten gehören die wettbewerbsrechtlichen Vereinbarungen von Ausschließlichkeitsbedingungen, Lizenzverträgen und Preisbindungen. Durch solche wird zwar nicht unmittelbar in Rechte und Pflichten am Vertrag unbeteiligter Dritter eingegriffen, wohl aber führt der Vertrag eine faktische und mittelbare Einschränkung der rechtsgeschäftlichen Freiheit Außenstehender herbei. Die besondere Gefahr derartiger Absprachen liegt in der durch Parteiabsprache bewirkten künstlichen Erzeugung einer wettbewerblichen Machtposition, die mit den Grundsätzen des Vertrages mit Lastwirkung gegenüber Dritten kontrolliert werden kann. Mit den speziell auf die komplexe Problematik der Verhinderung geplanter Machtbildung im Wettbewerbsrecht ausgerichteten Grundsätzen können jedoch Probleme

1) Begriff bei Martens AcP 177, 164 ff.

2) So Martens aaO S. 164.

unerwünschter Drittbelastungen im Bereich allgemeiner privatrechtlicher Rechtsgeschäfte, zu denen auch der Unterhaltsverzicht gehört, nicht bewältigt werden.

4 Schutz des Verwandten gemäß § 1611

Vereinzelte wird die Auffassung vertreten¹, § 1611 biete für die infolge eines Unterhaltsverzichts unterhaltspflichtigen Verwandten einen sachgerechten Schutz. Anknüpfungspunkt ist dabei die Voraussetzung des § 1611 Abs 1, daß der Berechtigte durch sein "sittliches Verschulden bedürftig geworden ist". Der Normzweck des § 1611 besteht in einer "unterhaltsrechtlichen Sanktion" eines groben Fehlverhaltens des Bedürftigen gegenüber dem Unterhaltspflichtigen². Dieses Ziel wird durch das flexible System einer stufenlosen Kürzung der Unterhaltspflicht nach Billigkeitsgesichtspunkten erreicht, deren Maß von der Schwere der Verfehlung abhängig ist³. Nach § 1611 Abs 1 S 2 ist ein völliger Ausschluß des Unterhaltsanspruchs die Ausnahme, die den Fällen vorbehalten bleiben muß, in denen auch eine nur geringe Unterhaltsleistung mit dem Rechtsempfinden in unerträglicher Weise kollidieren würde⁴. Auch der Weg über § 1611 erscheint jedoch zur Lösung der Problematik des Unterhaltsverzichts nicht geeignet. Zum einen ergeben sich hinsichtlich der Voraussetzungen des § 1611 mindestens dieselben Subsumtionsprobleme wie beim unten zu behandelnden Lösungsweg über § 138: Die Probleme liegen dabei in dem Verständnis des Begriffs "sittliches Verschulden". Typischer-

1) So Schwab, Handbuch Rdn 437
Soergel/Häberle § 1585 c Rdn 15.

2) MK/Köhler § 1611 Rdn 1.

3) MK/Köhler aaO Rdn 6 mwNw
Göppinger/Wenz Rdn 816.

4) MK/Köhler aaO Rdn 7
Göppinger/Wenz Rdn 818.

weise fallen hierunter Verhaltensweisen wie Trunk- oder Drogensucht, Spieleleidenschaft, Verschwendungssucht, Arbeitsscheu u ä¹.

Der Unterhaltsverzicht, den § 1585 c gestattet, kann nicht solchen Verhaltensweisen gleichgesetzt werden; das wird auch von niemandem vertreten. Nach Schwab² ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Herbeiführung der eigenen Bedürftigkeit durch den Unterhaltsverzicht im Verhältnis zu den Verwandten ein sittliches Verschulden darstellt. Dies könne in einer "Rücksichtslosigkeit" gegenüber den Verwandten liegen, die dann vorliege, wenn ein Ehegatte auf den Unterhalt verzichte, obwohl er nach allen Umständen einen Unterhaltsanspruch gegen den geschiedenen Ehegatten durchsetzen könne und seine Bedürftigkeit abzusehen sei.

Zum anderen und insbesondere erscheint jedoch die Rechtsfolge des § 1611 zur sachgerechten Lösung der Problematik ungeeignet. Zunächst ergeben sich Schwierigkeiten aus der Flexibilität der von § 1611 vorgesehenen Kürzung des Unterhaltsanspruchs. Ein völliger Untergang des Anspruchs gegen den Verwandten wird sich nur in Ausnahmefällen, insbesondere bei Vorliegen einer Schädigungsabsicht des Ehegatten, deren Nachweis im Prozeß problematisch ist³, annehmen lassen. Die Anwendung des § 1611 hätte die unerwünschte Folge, daß der Bedürftige, demgegenüber der Verwandte die Einwendung⁴ des § 1611 erhebt (und dessen Eingreifen er womöglich auch gerichtlich klären läßt), sich nunmehr an den Sozialhilfeträger wenden wird, um dort Unterstützung zu erhalten. Diese Folge ergibt sich aus der relativen Wirkung des § 1611, der nur im Verhältnis

1) Vgl die Zusammenstellung relevanter Verhaltensweisen bei Göppinger/Wenz Rdn 815.

2) Schwab, Handbuch Rdn 437.

3) Dazu näher unten S. 73 ff .

4) So Schwab, Handbuch Rdn 437.

zwischen den Verwandten gilt. Gegenüber dem Sozialhilfeträger müßte die Wirksamkeit des Verzichts erneut - und zwar unter dem Gesichtspunkt des § 138 - überprüft werden.

Aus diesen Gründen bietet § 1611 keine befriedigende Lösung.

5 Unwirksamkeit des Verzichtsvertrages wegen mangelnder Verfügungsbefugnis des verzichtenden Ehegatten

Eine Unwirksamkeit des Unterhaltsverzichts kann sich aus der fehlenden Verfügungsbefugnis des Bedürftigen über seinen Unterhaltsanspruch ergeben, wenn dieser durch vorherige Überleitung gemäß § 90 BSHG auf den Sozialhilfeträger übergegangen ist.

§ 90 BSHG ist kein eigentlicher Fall einer cessio legis - wie §§ 426, 774, 1143, 1607 Abs 2, 1615 b sie darstellen -, sondern eröffnet dem Sozialhilfeträger nur die Möglichkeit, durch Erlaß eines Verwaltungsaktes¹, der sog Überleitungsanzeige, einen Anspruchsübergang herbeizuführen. Die Besonderheit des § 90 BSHG liegt darin, daß Gegenstand der Überleitung der monatlich neu aus dem Unterhaltsstammrecht folgende jeweilige Unterhaltsanspruch ist, so daß die Summe der übergeleiteten Einzelansprüche im Zeitpunkt des Erlasses der Überleitungsanzeige noch gar nicht bezifferbar ist. Der Vorteil dieser Regelung liegt darin, daß mit ihr eine äußerst umständliche allmonatliche Anzeige vermieden wird². Daraus ergibt sich jedoch die Proble-

-
- 1) Die Verwaltungsakts-Qualität der Überleitungsanzeige ergibt sich nunmehr (im Gegensatz zur Vorgängervorschrift des § 21 a RFV) schon aus der Gesetzesfassung, vgl § 90 Abs 3 BSHG.
 - 2) Dies war in der ursprünglichen Fassung der Vorgängernorm des § 90 BSHG, nämlich § 21 Abs 2 RFV idF vom 13. 2. 1924 noch anders: Danach war nach jeder Unterstützungszahlung eine erneute Anzeige erforderlich (Einzelheiten zur Entwicklungsgeschichte des § 21 a RFV im Urteil des LG Berlin-Charlottenburg MDR 54, 37).

matik, daß sich die Überleitungsanzeige auch auf erst künftig entstehende Ansprüche bezieht, allerdings zeitlich nicht unbeschränkt, sondern nur für die Zeit unterbrochener Hilfeleistung des Sozialhilfeträgers¹.

Unproblematisch ist, daß der Anspruchsübergang abgeschlossen ist, soweit eine Überleitungsanzeige vorliegt und Hilfeleistung erbracht ist. Fraglich und noch immer umstritten ist demgegenüber die rechtliche Auswirkung der Anzeige hinsichtlich künftiger - voraussichtlich ebenfalls durch Leistung des Sozialhilfeträgers übergehender - Unterhaltsansprüche des Hilfeempfängers (dazu sogleich unten). Ein zweiter Kreis von Rechtsproblemen liegt in der Besonderheit des Unterhaltsrechts begründet, in dem zwischen dem Unterhaltsstammrecht und den einzelnen daraus monatlich neu entstehenden Unterhaltsansprüchen zu unterscheiden ist. Während sich der Unterhaltsverzicht regelmäßig auf ersteres bezieht², kann sich die Anspruchsüberleitung immer nur auf den einzelnen Unterhaltsanspruch, nie aber auf das dem zugrundeliegende Unterhaltsstammrecht beziehen³. Dies ergibt sich schon daraus, daß sich das Unterhaltsstammrecht immer nur aus der persönlichen Situation der ehebedingten Bedürftigkeit des Anspruchsinhabers ergibt, die Anspruchsüberleitung nach § 90 BSHG sich jedoch nur auf die Ansprüche bezieht, die als monatliche Unterhaltsschuld vom verpflichteten früheren Ehegatten geschuldet sind.

1) Vgl. § 90 Abs 2, 1. Halbs BSHG: "Die schriftliche Anzeige bewirkt den Übergang des Anspruchs für die Zeit, für die dem Hilfeempfänger die Hilfe ohne Unterbrechung gewährt wird". Als Unterbrechung gilt dabei eine Leistungsaussetzung von mehr als zwei Monaten (§ 90 Abs 2, 2. Halbs BSHG).

2) Siehe oben S. 7.

3) Allgemeine Ansicht, vgl. etwa
BGH FamRZ 56, 145; LG Duisburg FamRZ 54, 253;
Gernhuber § 30 XII 8;
BVerwGE 34, 219; 50, 64.

a Eintreten des Sozialhilfeträgers und Überleitungs-
anzeige vor Unterhaltsverzicht aber nach rechts-
kräftiger Scheidung

Zunächst sollen die Fälle betrachtet werden, in denen der Sozialhilfeträger erstmals nach rechtskräftiger Scheidung Hilfeleistungen erbracht und eine Überleitungsanzeige abgegeben hat. Diese Fallgestaltung kann nur Unterhaltsverzichte nach rechtskräftiger Scheidung erfassen.

Hierunter fallen die Fälle, in denen nach der Scheidung der eine Ehegatte, zB die Ehefrau, einen Unterhaltsanspruch hat, der Ehemann sich jedoch der Leistung entzieht, so daß die Ehefrau sich an die Sozialhilfe wendet, die ihr auch Hilfe gewährt. Gibt der Sozialhilfeträger nunmehr alsbald nach der ersten Leistung gegenüber dem Ehemann eine Überleitungsanzeige ab, so gehen die Ansprüche der Ehefrau mit jeder Hilfeleistung auf den Sozialhilfeträger über. Es fragt sich, ob die Ehegatten in dieser Situation schon allein aufgrund der Überleitungsanzeige und der bisherigen Hilfeleistungen der Sozialhilfe gehindert sind, einen Unterhaltsverzicht abzuschließen.

aa Rückwirkender Verzicht

Rechtlich unproblematisch, aber - soweit ersichtlich - ohne praktische Bedeutung, ist die Behandlung eines Verzichts auf Unterhalt für die Vergangenheit, also auf Ansprüche, die während der Zeitspanne vom Beginn der Unterhaltungspflicht bis zum Zeitpunkt der Verzichtsvereinbarung entstanden sind. Die Unzulässigkeit einer solchen Vereinbarung folgt schon aus der infolge abgeschlossener Überleitung fehlenden Rechtsinhaberschaft des Bedürftigen¹. Eine solche rückwirkende Bedeutung

1) So auch Sbresny ZfF 82, 242, der ausdrücklich auf den Fall des abgeschlossenen Anspruchsübergangs eingeht.

kann aber einem Verzicht, der erst geschlossen wird, nachdem seit Rechtskraft der Scheidung Unterhaltsansprüche über einen gewissen Zeitraum entstanden sind, nicht beigelegt werden: Ein Verzicht zu dem geschilderten Zeitpunkt soll nach der Lebenserfahrung immer nur "ex-nunc"-Wirkung haben, dh das Unterhaltsstammrecht mit Jetzt-Wirkung zum Erlöschen bringen. Der frühere Zeitraum wird von der Vereinbarung nicht erfaßt. Dies wäre auch - unabhängig vom Eintritt der Sozialhilfe - wirtschaftlich unsinnig, da die Ansprüche aus den verstrichenen Unterhaltsperioden im Zweifel gemäß § 1585 b untergegangen sind und selbst erfolgte Unterhaltszahlungen vom Empfänger idR wegen § 818 Abs 3 nicht zurückgefordert werden könnten. Sollte sich bei einem Unterhaltsverzicht im Einzelfall aufgrund ausdrücklicher Bestimmung gleichwohl feststellen lassen, daß eine Rückwirkung gewollt ist, so wäre eine solche Vereinbarung, die von den Parteien etwa zu dem Zweck getroffen sein könnte, den Verpflichteten, gegen den sich die Ansprüche des Sozialhilfeträgers richten, zu entlasten, nur teilunwirksam (§ 139), da der Verzicht für die Zukunft auf jeden Fall gewollt sein dürfte.

bb Verzicht für die Zukunft

Die eigentliche Bedeutung des Unterhaltsverzichts liegt in der Möglichkeit, dem Entstehen künftiger Unterhaltsansprüche durch Verzicht auf das Unterhaltsstammrecht die Grundlage zu entziehen. Hier fragt sich, ob die Ehegatten in der geschilderten Situation im Hinblick auf die Überleitungsanzeige und die bisherigen Leistungen des Sozialamtes künftig entstehende Unterhaltsansprüche wirksam ausschließen können.

Diese Frage erscheint deshalb problematisch, weil der Unterhaltsberechtigte zwar einerseits Rechtsinhaber des Unterhaltsstammrechts ist und auch bleibt,

da selbst ein abgeschlossener Anspruchsübergang dieses nicht berührt, andererseits aber hinsichtlich der einzelnen künftigen Unterhaltsansprüche durch die Überleitungsanzeige bereits eine Grundlage für die spätere Überleitung geschaffen ist dergestalt, daß sich bei weiterem ununterbrochenen Zufluß von Sozialhilfeleistungen der Rechtsübergang ohne weiteres vollziehen würde. Man könnte insoweit - untechnisch verstanden - von einer gewissen Anwartschaft des Sozialhilfeträgers auf später fällig werdende Unterhaltsansprüche sprechen.

Die Auswirkungen des durch Wirksamwerden der Überleitungsanzeige bereits "angelaufenen" Forderungserwerbs des Sozialhilfeträgers auf die Verfügungsbefugnis des Unterhaltsberechtigten sind umstritten.

(1) Ansicht von Gernhuber

Gernhuber¹ lehnt jede Minderung der Verfügungsbefugnis des Hilfeempfängers über seinen Unterhaltsanspruch ab; eine Unwirksamkeit könne sich lediglich aus § 138 ergeben². Dies folge aus der "Verschieden-

1) Gernhuber § 30 XII 8.

2) Zu demselben Ergebnis gelangt das AG Duisburg DAVorm 81 Sp 676, 678, mit der nicht haltbaren Begründung, im Rahmen des - damals geltenden - § 72 EheG könne § 161 nicht gelten, da andernfalls § 72 EheG weitgehend die Bedeutung genommen werde. Der gesamte Lebensunterhalt der in Scheidung lebenden Familie könne nämlich häufig nur durch Inanspruchnahme zusätzlicher öffentlicher Mittel sichergestellt werden. Der Annahme einer Unwirksamkeit eines Verzichts stehe der aus dem Sozialstaatsprinzip abzuleitende "Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt" entgegen, der andernfalls bedenklich eingeengt werde. Auch gebiete Art 3 Abs 1 GG, daß auch in schlechteren Einkommensverhältnissen lebende Ehegatten das Recht haben müssen, Unterhaltsverzichte zu schließen. Das Urteil ist auf die Berufung des Klägers hin aufgehoben worden, vgl OLG Düsseldorf, DAVorm 82 Sp 282.

heit der Objekte": Der Unterhaltsverzicht beziehe sich auf das Unterhaltsstammrecht, dieses sei jedoch durch die Überleitungsanzeige, die nur die einzelnen Unterhaltsansprüche betreffe, nicht berührt. Wer das Stammrecht preisgebe, begrenze zwar die Möglichkeit späterer Entstehung einzelner Unterhaltsansprüche, greife aber in Ansprüche, die der Verfügungsgewalt der Sozialhilfe unterlägen, nicht ein.

Damit zieht Gernhuber jedoch aus zutreffenden Ausgangsüberlegungen einen unzutreffenden Schluß: Wenn nämlich der Unterhaltsberechtigte auf das Stammrecht seines nachehelichen Unterhaltsanspruchs verzichtet, so verfügt er damit zugleich über die einzelnen aus dem Stammrecht erwachsenden Unterhaltsansprüche, deren Entstehen ausgeschlossen wird¹. In der Verfügung über das Stammrecht liegt daher als Minus zugleich auch eine Verfügung über die einzelnen, monatlich entstehenden Unterhaltsansprüche. Die Annahme, der Verzicht bedeute keine Verfügung über die - später mit Zahlung - auf die Sozialhilfeträger übergehenden Unterhaltsansprüche, ist daher unzutreffend.

(2) Überwiegende Ansicht: Verlust der Verfügungsbe-
fugnis

Ganz überwiegend wird dagegen ein Verlust der Verfügungsbefugnis des unterhaltsberechtigten Ehegatten über sein Unterhaltsstammrecht angenommen².

1) So auch Reinhardt S. 53, Fn 205 (auf S. 54).

2) BGHZ 20, 127 ff = FamRZ 56, 144 ff = NJW 56, 790 ff
OLG Hamm FamRZ 80, 890
LG Duisburg NJW 54, 1122
LG Hamburg MDR 56, 611
Soergel/Häberle § 1585 c Rdn 15 und vor § 1569 Rdn 12
Soergel/Lange § 1607 Rdn 6
MK/Richter § 1585 c Rdn 32 aE
Gottschick/Giese § 90 Anm 5.1
Pal/Diederichsen § 1585 c Anm 2 d.

Dies folge daraus, daß seit erstmaliger Hilfeleistung und anschließender Überleitungsanzeige seitens des Sozialhilfeträgers die zukünftig entstehenden einzelnen Unterhaltsansprüche bedingt (durch ununterbrochene weitere Hilfeleistung) auf den Sozialhilfeträger übergegangen seien und dieser bedingte Anspruchsübergang zum Verlust der Verfügungsbefugnis auch und insbesondere hinsichtlich des Unterhaltsstammrechts führe. Dieses Ergebnis wird weitgehend einheitlich vertreten; umstritten ist lediglich die rechtliche Einordnung der Bedingung.

Nach der überwiegenden Ansicht in Rechtsprechung¹ und Lehre², die im wesentlichen auf die grundlegende Entscheidung des BGH vom 29. 2. 1956³ (die allerdings noch zu der im Wortlaut etwas anders gefaßten Vorgängernorm des § 90 BSHG, § 21 a RFV erging) zurückgeht, erfolgt der Übergang der künftig entstehenden Unterhaltsansprüche ab Wirksamwerden der Überleitungsanzeige aufschiebend

-
- 1) So bereits LG Duisburg NJW 54, 1122
LG Hamburg MDR 56, 611
(beide noch zu § 21 a RFV)
OLG Düsseldorf FamRZ 72, 402
OLG Düsseldorf FamRZ 78, 256, 257
OLG Düsseldorf DAVorm 82, Sp 282
OLG Hamm FamRZ 79, 712, 713
OLG Hamm FamRZ 80, 456
OLG Hamm FamRZ 80, 890
KG FamRZ 78, 134
OLG Bremen FamRZ 80, 725
OLG Frankfurt/M OLGZ 68, 424
OLG Düsseldorf FamRZ 80, 156, 157
LG Saarbrücken NJW 72, 1901.
 - 2) MK/Richter § 1585 c Rdn 32
Rolland § 1585 c Rdn 27
Soergel/Häberle vor § 1569 Rdn 12 sowie § 1585 c Rdn 15
Soergel/Lange § 1607 Rdn 6
Schellhorn § 90 Rdn 28
Gottschick/Giese § 90 Rdn 5. 1 sowie 18. 1
Reinhardt S. 53
Dölle § 41 III 6 d
Pal/Diederichsen § 1585 c Anm 2 d.
 - 3) BGHZ 20, 127 ff = FamRZ 56, 144 ff = NJW 56, 790 ff.

bedingt (§ 158 Abs 1) durch weitere ununterbrochene Hilfe. Der spätere Unterhaltsverzicht sei daher als "Zwischenverfügung"¹ iSd § 161 Abs 1 unwirksam. § 161 Abs 1 wird allgemein als Instrument zum Schutz des "Anwartschaftsberechtigten"² verstanden, da dessen Verfügungsbeschränkung nur auf die vorherige bedingte Verfügung zu Gunsten des ersten Vertragspartners zurückgeht und nach § 161 Abs 1 die Unwirksamkeit nur "insoweit" eintritt, als die Zwischenverfügung die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde. Man könnte daher meinen, dem Normzweck genüge eine relative Unwirksamkeit, wie sie im ähnlich gelagerten Fall der vormerkungswidrigen Verfügung (§§ 883 Abs 2, 888) vorkommt. Gleichwohl nimmt die hM bei § 161 Abs 1 eine absolute Unwirksamkeit an³, so daß sich nicht nur der Sozialhilfeträger auf die Unwirksamkeit berufen kann, sondern auch jeder Dritte⁴. Letzteres hat freilich kaum praktische Auswirkungen. Selbst wenn über die - verhältnismäßig geringen - Leistungen der Sozialhilfe hinaus zusätzlich auch Verwandte in Anspruch genommen werden sollten, sind diese durch § 161 Abs 1 in Verbindung mit der Überleitungsanzeige nicht geschützt, da § 161 Zwischenverfügungen nur insoweit die Wirksamkeit versagt, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung (also den Anspruchsübergang) vereiteln würden. Daher geht die Unwirksamkeit der Unterhaltsverzichte nur so weit, wie die Sozi-

-
- 1) Zu diesem Begriff vgl Pal/Heinrichs § 161 Anm 1 a MK/Westermann § 161 Rdn 1.
 - 2) Anwartschaft hier verstanden als die Position des Berechtigten während der Schwebezeit; so auch MK/Westermann aaO Rdn 2.
 - 3) Staud/Dilcher § 161 Rdn 10
MK/Westermann § 161 Rdn 7 jeweils mwNw.
 - 4) aa insoweit im Ergebnis offenbar Pal/Diederichsen § 1585 c Anm 2 d, der annimmt, bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 90 BSHG sei der Verzicht "dem Sozialhilfeträger gegenüber" ohne Wirkung.

alhilfeträger eintrittspflichtig sind.

Nach vereinzelt vertretener anderer Ansicht¹ erfolgt die Überleitung nicht aufschiebend, sondern auflösend bedingt. Dies wird einmal aus dem Wortlaut des § 90 BSHG im Vergleich zu dem des § 21 a RFV gefolgert, insbesondere aber auch mit praktischen Erwägungen begründet². Wenn auch zum Teil angenommen wird³, § 90 BSHG habe gegenüber § 21 a RFV keine sachliche Änderung bringen sollen, so kann doch nicht verkannt werden, daß der Wortlaut des § 90 BSHG mehr dem damals geltenden § 1542 RVO⁴ angenähert ist, der ebenfalls einen Forderungsübergang regelte (der dort allerdings kraft Gesetzes eintrat, ohne daß es dazu noch einer besonderen Überleitungsverfügung bedurft hätte). In beiden Fällen ist aber der Forderungsübergang von der zunächst häufig noch unklaren Höhe der späteren eigenen Leistungen des Zessionars abhängig⁵. Dies spricht immerhin dafür,

-
- 1) Göppinger Rdn 1445 ff und Wax Rdn 3026
OLG Karlsruhe FamRZ 79, 709 ff.
 - 2) § 21 a RFV besagte: "Der Fürsorgeverband, der ... einen Hilfsbedürftigen unterstützt hat, kann, wenn der Hilfsbedürftige für die Zeit der Unterstützung Rechtsansprüche gegen einen Dritten auf Leistung zur Deckung des Lebensbedarfs hat, durch schriftliche Anzeige an den Dritten bewirken, daß diese Rechtsansprüche zum Ersatz auf ihn übergehen ... Die schriftliche Anzeige an den Dritten bewirkt den Übergang des Rechtsanspruchs für die Zeit seit Eintritt der Hilfsbedürftigkeit bis zu ihrer Beendigung". § 90 Abs 1 BSHG besagt demgegenüber: "Hat ein Hilfeempfänger für die Zeit, für die Hilfe gewährt wird, einen Anspruch gegen einen anderen ...", Abs 2: "die schriftliche Anzeige bewirkt den Übergang des Anspruchs für die Zeit, für die ... Hilfe ohne Unterbrechung gewährt wird: als Unterbrechung gilt ein Zeitraum von mehr als zwei Monaten".
 - 3) Vgl etwa OLG Düsseldorf FamRZ 80, 378.
 - 4) Dessen Nachfolgeregelung, § 116 SGB X, enthält demgegenüber weitere Erleichterungen des Anspruchsübergangs.
 - 5) Vgl die Gesetzestexte: "bis zur Höhe seiner Aufwendungen" in § 90 BSHG bzw "insoweit ... als sie ... Leistungen zu gewähren haben" in § 1542 RVO.

die rechtliche Konstruktion, die in Rechtsprechung und Lehre¹ für den Forderungsübergang nach § 1542 RVO vertreten wurde, auch auf § 90 BSHG anzuwenden. Danach ginge auch bei § 90 BSHG der Anspruch aufgrund der Überleitungsverfügung schon "dem Grunde nach" über und würde lediglich durch die später - nach und nach - erfolgenden Leistungen der Höhe nach konkretisiert².

Neben dieses eher formale Argument für die Annahme einer auflösenden Bedingung tritt ein praktisches und insbesondere prozessuales Argument: Nimmt man eine aufschiebend bedingte Überleitung an, so muß daraus konsequenterweise gefolgert werden, daß die künftig fällig werdenden Unterhaltsansprüche noch dem Berechtigten zustehen und dieser Leistung an sich selbst verlangen kann³, während der Unterhaltsberechtigte bei Annahme einer auflösenden Bedingung ab Zugang der Überleitungsanzeige seine gesamte Verfügungsbefugnis über den Anspruch verlöre, also auch die - bedingt übergegangenen - Ansprüche auf künftigen Unterhalt nicht mehr selbst geltend machen kann.

Folgt man der überwiegenden Ansicht, so führt der Unterhaltsberechtigte einen Unterhaltsrechtsstreit gegen den Verpflichteten wegen der Ansprüche, die zwischen Rechtshängigkeit und letzter mündlicher Verhandlung durch Eintritt der Bedingung übergegangen sind, in Prozeßstandschaft nach § 265 ZPO und muß insoweit Leistung an den Sozialhilfeträger verlangen.

1) Vgl für § 1542 RVO:
BGH NJW 60, 1452
BGH NJW 67, 2199, 2202.

2) So folgerichtig OLG Karlsruhe FamRZ 79, 709, 711.

3) Dies wird folgerichtig auch von fast allen Vertretern der Theorie der aufschiebend bedingten Überleitung vertreten, vgl etwa:
OLG Düsseldorf FamRZ 78, 256
OLG Hamm FamRZ 79, 713 und 1058
weitere Nw bei Göppinger/Wax Rdn 3026 Fn 6.

Wegen der nach der letzten mündlichen Verhandlung fällig werdenden künftigen Ansprüche liegt dagegen keine Prozeßstandschaft vor, denn der Unterhaltsberechtigte macht ein eigenes, (noch) nicht übergegangenes Recht geltend. Dies hat zur Folge, daß der Sozialhilfeträger nach Abschluß des Rechtsstreits vor Leistung allmonatlich prüfen muß, ob der Verpflichtete bereits an den Unterhaltsberechtigten bezahlt hat. Außerdem wäre sicherzustellen, daß der Unterhaltsschuldner nach Leistung der Sozialhilfe keine Zahlung mehr an den Berechtigten erbringt, weil diese Leistung an den "falschen Gläubiger" ginge und eine Rückforderung der geleisteten Sozialhilfe vom Empfänger oft nicht realisierbar sein wird.

Diese mißliche Konsequenz der Annahme einer aufschiebenden Bedingung¹ wird auch vom OLG Frankfurt/M² gesehen, das im Ergebnis - obwohl es mit der überwiegenden Ansicht eine aufschiebende Bedingung annimmt - aus reinen Zweckmäßigkeitserwägungen dem Sozialhilfeträger eine Aktivlegitimation zur Geltendmachung auch künftiger Ansprüche gegen den Unterhaltsschuldner zuspricht. Es erscheint daher systemgerecht, bei Unterhaltsverzichten erst nach Abgabe einer Überleitungsanzeige künftige Unterhaltsansprüche als auflösend bedingt übergegangen anzusehen, so daß der Verzicht schon wegen Fehlens der Verfügungsbefugnis unwirksam ist³ und

-
- 1) Fischer FamRZ 80, 458 ff (Anm zu OLG Hamm FamRZ 80, 456 ff) hält diese praktischen Schwierigkeiten dadurch für vermeidbar, daß der selbstklagende Unterhaltsberechtigte auf Zahlung von Unterhalt ab Rechtskraft klagt, so daß das Urteil erst in der Zukunft Wirkung entfaltet. Dies trifft zwar zu, ein entsprechender Klageantrag wird jedoch nicht immer den Interessen des Unterhaltsberechtigten gerecht.
 - 2) OLG Frankfurt/M OLGZ 68, 424 ff.
 - 3) Diese Konsequenz des Verlustes der Verfügungsbefugnis auch über künftige Unterhaltsansprüche infolge des Anspruchsübergangs sieht auch das OLG Karlsruhe FamRZ 79, 709, 711.

§ 161 Abs 1 gar nicht herangezogen zu werden braucht.

b Überleitungsanzeige während noch bestehender Ehe

Bisher wurde davon ausgegangen, daß Überleitungsanzeige und Unterhaltsverzicht erst nach rechtskräftiger Scheidung erfolgten. In der Praxis dominieren jedoch Fälle, in denen der Bedürftige bereits während noch bestehender Ehe, also zu einer Zeit, zu der Geschiedenenunterhalt noch gar nicht geschuldet sein kann, vom Sozialhilfeträger unterstützt wurde und dieser dem unterhaltspflichtigen Ehegatten eine Überleitungsanzeige zustellte¹. Sind seitdem ununterbrochen über den Zeitpunkt der Scheidung hinaus Sozialhilfeleistungen erbracht worden, so stellt sich die Frage, ob die auf den Trennungsunterhalt bezogene Überleitungsanzeige Auswirkungen auf die Verfügungsbefugnis der Ehegatten über den Geschiedenenunterhalt hat.

Diese Frage wurde vom BGH² in Übereinstimmung mit einem Teil der Rechtsprechung und Lehre³ mit dem Hinweis auf die Identität von ehelichem und nachehelichem Unterhalt bejaht. Diese folge daraus, daß ehelicher wie nachehelicher Unterhalt "in ein und demselben Rechtsboden wurzeln, nämlich dem Ehegellöbns und der darauf begründeten ehelichen Lebensgemeinschaft, zu deren wesentlichem Inhalt auch der gemeinsame wirtschaftliche Existenzkampf gehört"⁴. Etwas anderes könne nur

1) So lag es etwa in den Fällen

BGHZ 20, 127 ff

OLG Frankfurt/M OLGZ 68, 424 ff

OLG Hamm FamRZ 80, 890

OLG Hamm ZfF 78, 255

OLG Düsseldorf DAVorm 82, Sp 282 ff.

2) BGHZ 20, 127 ff.

3) Aus der Lehre schon Tipke NJW 54, 1728 sowie FamRZ 54, 253 (Anm zu LG Köln FamRZ 54, 203) aus der Rspr vgl schon RGZ 62, 294, 298.

4) So BGHZ 20, 127 ff.

dann gelten, wenn der Inhalt der Anzeige einen Anhalt dafür biete, daß die Überleitung auf die während der Ehe entstehenden Unterhaltsansprüche beschränkt sein solle.

Mit dieser Begründung stellt der BGH - neben der Frage der hinreichenden Bestimmtheit des übergeleiteten Anspruchs, dazu sogleich - entscheidend auf die in Rechtsprechung und Lehre stark umstrittene¹ Frage der Identität zwischen Trennungs- und Geschiedenenunterhalt ab. Neuerdings lehnt der BGH eine solche Identität ab². Praktische Bedeutung hat dieser Streit jedoch hauptsächlich für die Frage, ob ein während der Ehe geschaffener Unterhaltstitel mit Rechtskraft des Scheidungsurteils erlischt, so daß dem Schuldner die Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) zusteht, oder ob einer seit der Scheidung eingetretenen wesentlichen Änderung der Verhältnisse durch eine Abänderungsklage (§ 323 ZPO) Rechnung getragen werden kann. Käme es für die Beurteilung der hier interessierenden Frage der Verfügungsbefugnis tatsächlich entscheidend auf die Identität der einzelnen Unterhaltsansprüche an³, so wäre unter Zugrundelegung der neueren Rechtsprechung des BGH eine Auswirkung der Überleitungsanzeige auf die Verfügungsbefugnis der Ehegatten in den hier

-
- 1) Ausführliche Nachweise zum Streitstand bei Soergel/Häberle § 1569 Rdn 8 sowie BGH FamRZ 80, 1099.
 - 2) BGH FamRZ 80, 1099 sowie BGH FamRZ 81, 241, jeweils mwNw und kritischen Anmerkungen von Mutschler ebenso schon OLG Düsseldorf NJW 79, 822.
 - 3) Hierauf stellt unter Geltung des § 21 a RFV das LG Köln FamRZ 54, 203 ab und verneint wegen fehlender Identität der Ansprüche Auswirkungen der Überleitungsanzeige auf den nachehelichen Unterhalt. Dem widerspricht Tipke in seiner ablehnenden Anmerkung, FamRZ 54, 253, der einmal "Wesensgleichheit" von ehelichem und nachehelichem Unterhalt anerkennt, zum anderen aber auch zutreffend erkennt, daß die Beurteilung der Frage nach den Auswirkungen der Anzeige entscheidend von deren Inhalt abhängt.

geschilderten Fällen abzulehnen. Die die Verfügungsbefugnis ausschließende Wirkung der Überleitungsanzeige wäre auch bei ununterbrochener weiterer Leistung von Sozialhilfe mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils beendet.

Diese Folge ergibt sich indessen nicht: Der Umfang der Auswirkungen der Überleitungsanzeige hängt nämlich nicht von der Identität bzw Nichtidentität der Ansprüche ab, die dem Hilfeempfänger zustehen, sondern allein vom Inhalt der Überleitungsanzeige und der Frage der hinreichenden Bestimmtheit der übergeleiteten Ansprüche¹. Zeigt der Sozialhilfeträger dem Verpflichteten an, daß er den Berechtigten unterstützt, so ist dem Erfordernis der Überleitungsanzeige gemäß § 90 BSHG genügt. Entscheidend für den Anspruchsübergang ist dann (neben der ununterbrochenen Leistung von Sozialhilfe) nur noch eine tatsächlich bestehende Unterhaltspflicht desjenigen, an den sich die Anzeige richtet. Der Rechtsgrund für die Unterhaltspflicht (§§ 1360, 1361 oder §§ 1569 ff) ist unerheblich².

Da die Anzeige bei Vorliegen der übrigen Zessionsvoraussetzungen jedoch die Rechtswirkung einer Abtretung³, also dingliche Wirkung hat, ist nach allgemeinen Grundsätzen erforderlich, daß diejenigen Ansprüche, auf die sich die Überleitungsanzeige (auch) bezieht, hinreichend bestimmt oder wenigstens bestimmbar sind.

-
- 1) So neben Tipke aaO auch Reinhardt S. 53 und Göppinger Rdn 1643.
 - 2) Dementsprechend wird sich der Sozialhilfeträger in einer Anzeige, die wegen einer Unterstützung während des Getrenntlebens erfolgt, im Hinblick auf die absehbare Scheidung idR nicht darauf beschränken, die Übergangsanzeige zeitlich dahin zu begrenzen, daß sie sich nur auf "Unterhaltsansprüche nach § 1361" bezieht, sondern allgemein auf "Unterhaltsansprüche nach bürgerlichem Recht" Bezug nehmen. So lag es etwa auch im Fall OLG Düsseldorf DAVorm 82, Sp 282, 284.
 - 3) Vgl BGHZ 20, 127 ff = FamRZ 56, 145, ebenso Reinhardt S. 53.

Eine solche hinreichende Bestimmung kann jedoch aufgrund der gesetzlichen Ausgestaltung des Geschiedenenunterhalts-Rechts bejaht werden. Spätestens im Zeitpunkt der Entstehung der Ansprüche mit Rechtskraft der Scheidung ist deren genauer Umfang bestimmbar¹.

Damit führt auch eine bereits vor Ehescheidung erlassene Überleitungsanzeige zum Verlust der Verfügungsbefugnis des Berechtigten über seinen Unterhaltsanspruch, so daß auch in den hier geschilderten Fällen eine Unwirksamkeit des Verzichts angenommen werden muß.

c Ergebnis

In den Fällen der Vereinbarung eines Unterhaltsverzichts erst nach erfolgter Überleitungsanzeige ist bei ununterbrochener Gewährung von Sozialhilfe die Unwirksamkeit des Verzichts wegen der im Ergebnis fast einhelligen Ablehnung der Verfügungsbefugnis des Berechtigten rechtlich relativ unproblematisch festzustellen und auch prozessual relativ leicht nachweisbar^{2,3}.

Allerdings betrifft dieser Lösungsweg - trotz der aus der Vielzahl der zu diesem Problemkreis ergangenen Gerichtsentscheidungen ersichtlichen erheblichen praktischen Bedeutung - nur einen eng begrenzten Ausschnitt der denkbaren Fälle: Zum einen werden nur die Fälle der Inanspruchnahme von Sozialhilfe erfaßt, nicht aber die von Verwandten, zum anderen erfaßt die-

-
- 1) So im Ergebnis auch Reinhardt S. 53.
 - 2) Insoweit besteht ein wesentlicher Unterschied zu § 138, auf den sogleich einzugehen ist, dessen Eingreifen häufig vom Nachweis subjektiver Momente abhängen wird.
 - 3) Ein entscheidender Unsicherheitsfaktor kann allerdings für die Praxis in der genauen Feststellung des Zeitpunkts der Verzichtsvereinbarung liegen, die formlos möglich ist.

ser Lösungsweg nur Fälle, in denen der Unterhaltsverzicht erst während des Scheidungsverfahrens oder nach rechtskräftiger Scheidung vereinbart wurde; frühere Vereinbarungen werden also nicht berücksichtigt. Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt damit bei den Voraussetzungen des § 138 Abs 1.

II Meinungsstand zur Lösung über § 138

Ganz überwiegend wurde und wird in Stellungnahmen zur Frage der Wirksamkeit von Unterhaltsverzichten eine Lösung über § 138 Abs 1 gesucht. Bei der Darstellung des Meinungsstandes erscheint es angebracht, zwischen Stellungnahmen zum früheren § 72 EheG und zu § 1585 c zu trennen. Wenn auch beide Vorschriften isoliert betrachtet einen nahezu gleichen Wortlaut haben¹ und die Neuregelung des § 1585 c auch keine sachliche Änderung bringen sollte², so sind beide Regelungen doch nur im Licht des jeweils geltenden Geschiedenenunterhaltsrechts in seiner Gesamtheit richtig zu verstehen.

1 Meinungsstand zu § 72 EheG aF

Wie oben bereits angedeutet, ist die Mehrzahl der Stellungnahmen zur Sittenwidrigkeit von Unterhaltsverzichten zum früheren § 72 EheG abgegeben worden. Dies dürfte einmal schon durch die längere Geltungsdauer begründet sein, zum anderen aber auch daran liegen, daß die "altbekannte" Dispositionsfreiheit der Ehegatten im Verhältnis zu den übrigen mit dem 1. EheRG eingeführten Änderungen keine neuen Rechtsprobleme aufzuwerfen scheint.

1) § 1585 c stimmt mit § 72 S 1 EheG aF bis auf die Worte "der Scheidung" wörtlich überein.

2) So die Begründung des Entwurfs der Bundesregierung, BT-Drs 7/650 S. 149.

Einigkeit bestand und besteht auch heute noch darüber, daß Sittenwidrigkeit immer angenommen werden muß, wenn die Ehegatten den Unterhaltsverzicht in der Absicht vereinbaren, den verpflichteten Ehegatten zum Nachteil Dritter zu befreien, der Vertrag also nur zu dem Zweck geschlossen wurde, die Unterhaltung des bedürftigen oder möglicherweise bedürftig werdenden Ehegatten auf dessen Verwandte oder auf die Allgemeinheit "abzuwälzen".

Wegen der Schwierigkeiten, den Ehegatten eine solche Absicht im Prozeß nachzuweisen¹, ergaben sich seit jeher Kontroversen bei der Frage, ob Sittenwidrigkeit auch bei Nichterweislichkeit einer solchen "Schädigungsabsicht" angenommen werden könne, wenn die Ehegatten erkannten oder gar nur grob fahrlässig nicht erkannten, daß der Verzicht eine Inanspruchnahme Dritter erforderlich machen werde.

a Möglichkeit des Erkennens der Gefährdung Dritter

Vereinzelt wurde Sittenwidrigkeit des Unterhaltsverzichts schon dann angenommen, wenn sich die Ehegatten im Zeitpunkt der Vereinbarung aufgrund der objektiven Gegebenheiten bei pflichtgemäßer Überlegung hätten sagen müssen, daß ihr Verzicht mit ziemlicher Sicherheit Außenstehende (Fürsorgeverband oder Verwandte)

1) Dazu im einzelnen unten S.73 ff .

schädigen¹ werde². Riedel spricht insoweit von einer "mittelbaren Schädigungsabsicht"³. Auch Tipke⁴ läßt zunächst ein grob fahrlässiges Nichterkennen der Gefährdung Dritter ausreichen. Erstaunlich ist, daß das LG Dortmund⁵ trotz Zugrundelegung dieser nur geringen subjektiven Anforderungen eine Sittenwidrigkeit im Ergebnis abgelehnt hat.

b Inkaufnahme einer Drittbelastung

Bereits etwas strengere subjektive Voraussetzungen verlangte eine zweite - Mindermeinung gebliebene - Ansicht:

- 1) Bereiter-Hahn FamRZ 55, 279, 280, vertritt die Auffassung, daß im Falle eines Unterhaltsverzichts von einer "Schädigung" des Fürsorgeverbandes gar nicht gesprochen werden könne, da dieser ja dazu da sei, hilfsbedürftige Personen zu unterstützen, und zwar unabhängig davon, warum eine Person in diese bedauernswerte Lage gekommen sei. Der verzichtende Ehegatte sei allein verfügungsberechtigter Inhaber seiner (zukünftigen) Unterhaltsforderung, der Verzicht entfalte somit nur gegenüber dem anderen Ehegatten Rechtswirkungen.
Von einer Schädigung könne daher nur dann gesprochen werden, wenn eine in Wirklichkeit gar nicht bedürftige Person Unterstützung erhalte. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden: Der Verzicht ist sehr wohl geeignet, mittelbar eine Mehrbelastung der Fürsorgeverbände herbeizuführen, wenn ohne den Verzicht der Bedürftige nicht anspruchsberechtigt geworden wäre.
- 2) LG Dortmund MDR 58, 772
LG Berlin ZfF 59, 234, 235
Riedel ZfF 60, 3
Auch Rilk JW 39, 71, vertrat schon die Auffassung, es widerspreche den guten Sitten, wenn der anspruchsberechtigte Ehegatte auf seinen Anspruch gegen den anderen Teil verzichte, obwohl er dadurch gezwungen werde, sich nunmehr an die öffentliche Fürsorge zu wenden. Rilk läßt jedoch nicht erkennen, welche subjektiven Voraussetzungen er für die Sittenwidrigkeit verlangt.
- 3) Riedel ZfF 60, 3.
- 4) Tipke ZfF 53, 52, 84.
- 5) LG Dortmund MDR 58, 772.

Danach ist für eine Sittenwidrigkeit in subjektiver Hinsicht Vorsatz im Sinne von Wissen und Wollen der Folgen des Verzichts, also ein sog direkter Vorsatz erforderlich¹ oder zumindest ein Eventualvorsatz, dh Erkennen und Inkaufnahme der Drittbelastung².

c Überwiegende Ansicht: Schädigungsabsicht

Der überwiegende Teil der Rechtsprechung und Lehre hielt demgegenüber in subjektiver Hinsicht die bloße Inkaufnahme einer Drittbelastung für nicht ausreichend und verlangte, daß die spätere Inanspruchnahme Dritter von den Eheleuten beabsichtigt³ oder zumindest wesentlich mitbestimmendes Motiv für den Verzicht gewesen sei⁴. Dieser Auffassung ist insbesondere

- 1) So LG Kiel ZfF 54, 73.
- 2) So insbesondere Tipke FamRZ 54, 189 sowie ZfF 54, 152, 153 (im Gegensatz zur noch weitergehenden Auffassung in ZfF 53, 82, 84, s o) LG Lüneburg MDR 53, 550, das ein "gewissenloses" Inkaufnehmen verlangt
Ähnlich auch Seibt ZfF 55, 211 und Wiethaup MDR 54, 10, die allerdings in objektiver Hinsicht verlangen, daß bei Abschluß des Verzichts bereits konkrete Anhaltspunkte für die naheliegende Gefahr einer Fürsorgebedürftigkeit bestanden haben.
- 3) LG Ellwangen FamRZ 55, 108 f
OLG Düsseldorf FamRZ 55, 293, 294
LG Berlin-Charlottenburg MDR 54, 37 f
LG Lüneburg MDR 56, 170, 171
LG Frankfurt/M NJW 53, 145, 146
LG Köln FamRZ 54, 203, 204
Dölle § 41 III 6 d.
- 4) LG Bielefeld NJW 58, 185
Lüdtke NJW 55, 212
Bereiter-Hahn FamRZ 55, 281
Hampel FamRZ 60, 423
Huhn FamRZ 67, 270
Hotze S. 144 ff, insbesondere S. 160
Reinhardt S. 48
Frantz SchlHA 55, 59
Ruland MDR 76, 453, 455
Hoffmann/Stephan § 72 Rdn 11, 69
Soergel-Siebert/Donau, 10. Aufl § 72 EheG Rdn 16, 19
RGRK/Wüstenberg, 10./11. Aufl § 72 EheG Anm 109/111
Brühl/Göppinger/Mutschler, 3. Aufl 1973, S. 583 f
Wiethaup MDR 54, 9, 10.

auch die neuere Rechtsprechung zu § 72 EheG aF gefolgt¹.

d Argumentation der überwiegenden Ansicht zu § 72 EheG aF und deren Übertragbarkeit auf das geltende Recht

Zur Begründung ihrer Auffassung stellten die Vertreter der überwiegenden Ansicht entscheidend auf den nach §§ 58 ff EheG aF bestehenden Zusammenhang zwischen Scheidungsverschulden und Unterhaltungspflicht ab. Ausgangspunkt der Argumentation war dabei die Erkenntnis, daß ein Unterhaltsverzicht durch den einen Ehegatten in aller Regel mit der Übernahme des Scheidungsverschuldens durch den anderen Ehegatten einhergehe, also gewissermaßen "erkauft" und daher in gewisser Weise "entgeltlich" sei.

Aufgrund dessen ging man davon aus, daß eine Vielzahl billigenswerter Motive denkbar sei, die die Ehegatten zum Abschluß des Unterhaltsverzichts veranlaßt haben konnten². Dabei wurde das Augenmerk fast ausschließlich auf Verzichte im zeitlichen Zusammenhang mit dem Scheidungsverfahren gerichtet. Die in dieser Situation denkbaren Motive (dazu sogleich näher) bewirkten, daß in all den Fällen, in denen den Ehegatten eine Schädigungsabsicht als alleiniges oder wesentlich mitbestimmendes Motiv nicht nachgewiesen werden konnte³, allein die objektive Folge der Drittbelastung nicht ausreichte,

-
- 1) OLG Düsseldorf FamRZ 81, 1080 f;
allerdings wird dort aus objektiven Umständen auf diese Absicht geschlossen.
 - 2) Ruland MDR 76, 455 geht soweit, bei Verzichten vor der Scheidung zugunsten der Ehegatten eine Vermutung dahin aufzustellen, daß der Verzicht im Interesse einer einvernehmlichen Scheidung erfolgt sei.
 - 3) Gemäß den allgemeinen Beweislastregeln hat bei § 138 derjenige, der sich auf die Sittenwidrigkeit des Verzichts beruft (im Regreßprozeß also immer der rückgriffnehmende Dritte) die zugrunde liegenden Tatsachen darzulegen und zu beweisen.

um den Verzicht als sittenwidrig anzusehen. Allein die Vorhersehbarkeit einer Drittbelastung im Zeitpunkt des Verzichtsabschlusses könne wegen der vielfältigen denkbaren billigen Motive noch keinen Schluß auf die Schädigungsabsicht zulassen.

Als billigen Motive (weil von Sinn und Zweck des § 72 EheG aF gedeckte) Motive kamen insbesondere folgende in Betracht:

aa "Erkaufen" der schuldlosen Scheidung

Im Vordergrund stand häufig der Wunsch des einen Ehegatten (häufig der Ehefrau), sich durch den Unterhaltsverzicht eine schuldlose Scheidung zu "erkaufen". Wenn auch im früheren Scheidungsrecht der Amtsermittlungsgrundsatz galt (§§ 617, 622 ZPO), und eine einvernehmliche Scheidung gar nicht vorgesehen war, so bestand für die Ehegatten doch die - auch von der Rechtsprechung gebilligte¹ - Möglichkeit, den Ablauf des Scheidungsprozesses zu bestimmen, indem sie den Scheidungsantrag nur auf einen von mehreren Scheidungsgründen stützten und die übrigen Gründe nicht zur Sprache brachten². Dies wurde selbst dann als zulässig angesehen, wenn dadurch der Schuldausspruch unrichtig wurde³. In der Praxis wurde in diesen Fällen so vorgegan-

-
- 1) BGHZ 28, 45, 50 f
BGH NJW 64, 1073, 1074
BSG FamRZ 69, 539, 541
Das LG Kiel ZtF 54, 73, 74 weist ausdrücklich auf die scheidungsvereinfachende Wirkung des § 72 EheG aF hin.
 - 2) Zur sog einverständlichen Scheidung nach früherem Scheidungsrecht vgl:
Bereiter-Hahn FamRZ 55, 279, 280
Frantz FamRZ 54, 191
Ruland MDR 76, 455
Hampel FamRZ 60, 421.
 - 3) RGZ 159, 157, 166 f
RGZ 168, 269, 275.

gen, daß der Ehemann¹ "im Austausch" gegen den Unterhaltsverzicht seitens der Ehefrau die Scheidungsschuld auf sich nahm. Ein solches Vorgehen wurde gebilligt, da besonders die Frau vielfach den anerkennenswerten Wunsch hatte, als "unschuldig geschieden" zu gelten². Der Gesichtspunkt des "Erkaufens der schuldlosen Scheidung" ist im heutigen Scheidungsrecht nicht mehr als Motiv für einen Verzicht denkbar, da das Scheidungsurteil keinen Ausspruch über das Verschulden enthält und dieser Gesichtspunkt im Unterhaltsrecht insgesamt nur von geringer Bedeutung ist³.

bb "Menschlich anständige" Scheidung

Ein weiteres, mit dem oben genannten eng verknüpft billigenswertes Motiv wurde darin gesehen, den Unterhaltsverzicht mit der übereinstimmenden Darlegung von Verschuldensgründen zu "erkaufen", um den Ehegatten eine - wie es häufig ausgedrückt wurde - "menschlich anständige Scheidung" zu ermöglichen⁴. Hierunter gehörten die Fälle, in denen die Ehegatten eine vollständige Aufdeckung sämtlicher Verschuldensgesichtspunkte durch eine umfassende Beweisaufnahme vermeiden wollten⁵. Durch die vorherige Einigung über die Ehe-

1) Hier wird das Leitbild der sog "Hausfrauenehe" gewählt, bei der idR die Ehefrau nach der Scheidung bedürftig wird. Dieses Leitbild liegt der Mehrzahl der Gerichtsentscheidungen zugrunde.

2) So auch Hampel FamRZ 60, 421.

3) Das "Verschulden" eines Ehegatten kann heute nur noch als negative Tatbestandsvoraussetzung im Rahmen des § 1579 Ziff 4 eine Rolle spielen, indem es anspruchsausschließend wirkt.

4) vgl dazu
Hampel FamRZ 60, 421
LG Ellwangen FamRZ 55, 108, das von einer "entgiftenden Wirkung" des Unterhaltsverzichts spricht
Hotze S. 139 ff
Reinhardt S. 46 ff.

5) So lag es zB im Fall OLG Düsseldorf FamRZ 55, 293 ff.

verfehlungen, auf die der Scheidungsantrag gestützt werden sollte, konnte sowohl dem Scheidungsprozeß eine gewisse Schärfe genommen werden¹ als auch die seelische Belastung, die jedes Scheidungsverfahren mit sich bringt, verringert werden (Stichwort: "kein Waschen schmutziger Wäsche")². Damit konnte gleichzeitig die Aufdeckung sämtlicher Eheintimitäten im Beweisaufnahmetermin vermieden werden, so daß den Eheleuten damit verbundene Peinlichkeiten erspart blieben.

Auch hierin sah die überwiegende Ansicht ein billigenswertes Motiv für einen Verzicht, da dieses im höchstpersönlichen Bereich liegende Motiv gegenüber dem fiskalischen Ziel der Einsparung öffentlicher Mittel Vorrang genießen müsse³. In diesem Zusammenhang wurde schließlich darauf hingewiesen, daß in diesen Fällen selbst die Voraussehbarkeit einer Drittbelastung den Verzicht billigenswert erscheinen lasse, da andernfalls nur gut situierten Eheleuten eine menschlich anständige Scheidung ermöglicht werde⁴.

Auch dieses Motiv kommt unter Geltung des Zerrüttungsprinzips nicht mehr zum Tragen, da das Verschulden

-
- 1) Nicht selten ergaben sich aus "streitig durchgeführten" Scheidungsprozessen, wie Hotze (S. 140) richtig feststellt, langwierige Strafverfahren wegen Aussage- und Beleidigungsdelikten sowie Beteiligungsdelikten daran, die zusätzliche Belastungen - auch für Dritte - mit sich brachten.
 - 2) Vgl LG Kiel ZfF 54, 73, 74
Hotze S. 141.
 - 3) Reinhardt S. 47 mwNw sowie die oben in Fn 5) Vors. und 2) genannten Nachweise.
 - 4) So zB Hotze S. 146, 147 mwNw
Beachte allerdings die Gegendarstellung zu diesem Argument: Der Gleichheitssatz besagt nicht, daß das geltende Recht gegenüber allen die gleiche Wirkung haben muß, so Riedel ZfF 60, 4
BGHZ 20, 127 ff = FamRZ 56, 146.

am Scheitern der Ehe kein Beweisthema für den Scheidungsausspruch ist.

cc Schwierigkeit der Kausalitätsfeststellung

Ein weiteres Argument gegen die Annahme, allein die Drittbelastung könne den Verzicht sittenwidrig machen, ergab sich aus einer Folgenbetrachtung: Im Hinblick auf den fast immer bestehenden Zusammenhang zwischen Unterhaltsverzicht und Scheidungsschuld stimme in aller Regel das titulierte Verschulden nicht mit der wahren Verschuldenslage überein, da nach der Lebenserfahrung nicht davon ausgegangen werden könne, daß eine Ehefrau, die keinerlei Mitschuld am Scheitern der Ehe trifft, sich die "Befreiung" von jeder Schuld durch einen Unterhaltsverzicht abkaufen lasse¹. Es sei daher nicht eindeutig feststellbar, daß sie ohne den Verzicht überhaupt einen Unterhaltsanspruch gegen den - nunmehr als "schuldig" geschiedenen - Ehemann gehabt hätte, so daß sich Kausalität zwischen Verzicht und Drittbelastung nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen lasse².

Auch dieses Argument nicht eindeutig feststellbarer Kausalität kann im geltenden Unterhaltsrecht keine Rolle mehr spielen, da das Eingreifen der einzelnen Unterhaltstatbestände verschuldensunabhängig ist und die Kausalität des Verzichts für eine spätere Inanspruchnahme Dritter somit eindeutig festzustellen ist.

1) Bereiter-Hahn FamRZ 55, 280
Hampel FamRZ 60, 422.

2) Hampel FamRZ 60, 422,
Bereiter-Hahn FamRZ 55, 280
LG Berlin JF 50, 150
Die häufig fehlende Kausalität wird auch von BGH
FamRZ 83, 137, 139 oben angesprochen. Auf diese
Entscheidung soll später noch gesondert eingegan-
gen werden.

dd Auseinanderfallen der Rechtskraft von Schuld-
ausspruch und Verzicht

Auch ein letztes ebenfalls die Rechtsfolgenseite betreffendes Argument der früher überwiegenden Ansicht kann für Unterhaltsverzichte, die nach geltendem Recht zu beurteilen sind, nicht gelten. Zu § 72 EheG aF wurde es als "ganz unerfreuliches Ergebnis" angesehen¹, wenn der Verzicht gemäß § 138 als unwirksam anzusehen wäre, der damit in unmittelbarem inneren Zusammenhang stehende Ausspruch über die Scheidungsschuld jedoch in Rechtskraft erwachse². Dies hätte die in der Tat unerfreuliche Konsequenz, daß der Ehemann als dem Scheidungsurteil nach Alleinschuldiger seiner Ehefrau trotz ihrer - uU nicht unerheblichen - Mitschuld am Scheitern der Ehe Unterhalt zahlen müßte.

ee Zwischenergebnis

Die Betrachtung der Argumente, auf die die überwiegende Ansicht zu § 72 EheG aF die strenge subjektive Voraussetzung der ausschließlichen oder zumindest mitbestimmenden Absicht einer Drittschädigung stützte, zeigt, daß diese in erster Linie auf der früher geltenden Abhängigkeit der Unterhaltspflicht von der Scheidungsschuld beruhten und diese daher nicht auf Unterhaltsverzichte übertragen werden können, die nach geltendem Scheidungsrecht zu beurteilen sind.

Aus diesem Zwischenergebnis kann zwar noch nicht der Schluß gezogen werden, daß die früher überwiegend verlangten strengen subjektiven Voraussetzungen unter Geltung des § 1585 c nicht mehr zu fordern wären, wohl

1) So Bereiter-Hahn FamRZ 55, 281.

2) Dieses Problem wird auch gesehen von Frantz SchlHA 55, 78, der von "unbilligen Folgen" der Nichtigkeit spricht, sowie von Bosch FamRZ 55, 110 (Anm zu LG Ellwangen aaO S. 108).

aber wird aus der Untersuchung deutlich, daß die früher vertretenen Grundsätze nicht unreflektiert auf die in anderem Rechtszusammenhang stehende Regelung des § 1585 c übertragbar sind¹.

Vielmehr ergibt sich, daß die Abwägung zwischen den Interessen Dritter am Schutz vor Inanspruchnahme und den Interessen der Ehegatten an freier Verfügbarkeit über ihren nachehelichen Unterhalt neu überdacht werden muß.

Insoweit ist es verfehlt, wenn zum Teil² zu § 1585 c unter Zitierung von zu § 72 EheG aF ergangenen Entscheidungen kommentiert wird, die Rechtslage habe sich durch das 1. EheRG nicht geändert.

2 BGHZ 86, 32 ff

Der BGH³ hatte sich mit der Problematik der Sittenwidrigkeit von Unterhaltsverzichten wegen Drittbelastung erstmals Ende 1982 zu befassen. Dieser Entscheidung, die einen Übergangsfall betraf, der noch unter Berücksichtigung des alten Scheidungsrechts zu beurteilen war, lag eine Rückgriffsklage des Sozialhilfeträgers gemäß § 90 BSHG zugrunde. Der BGH wies die bisher überwiegende Ansicht, die Schädigungsabsicht als wenigstens wesentlich mitbestimmenden Beweggrund verlangte, ausdrücklich als zu eng zurück und führte aus, es komme entscheidend auf den "aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter" des Unterhaltsverzichts an. Der BGH stellt damit lediglich klar, daß eine Belastung des Sozialhilfeträgers allein nicht

1) So auch Giese ZfF 78, 251, der insbesondere im Hinblick auf die Entscheidungsgründe des LG Ellwangen aaO den engen Zusammenhang der zu § 72 EheG aF überwiegend vertretenen Ansicht mit dem damaligen, am Schuldprinzip orientierten Scheidungsrecht hervorhebt.

2) So aber Pal/Diederichsen § 1585 c Anm 2 d.

3) BGH, Urteil vom 8. 12. 1982 - IV b ZR 333/81, BGHZ 86, 82 ff = FamRZ 83, 137 ff = NJW 83, 1851.

ausreicht, um Sittenwidrigkeit anzunehmen; auch in diesen Fällen könne der Verzicht sittlich anerkennenswert sein.

Mit seinen Ausführungen greift der BGH lediglich auf die allgemein zu § 138 verwandte Definition zurück¹. Im Ergebnis² wird lediglich die bisherige Rechtsprechungs-Praxis als zu eng zurückgewiesen, ohne auf die spezielle Fallgruppe des Unterhaltsverzichts bezogene konkrete Kriterien zur Entscheidungshilfe aufzustellen oder auch nur auf die "gesicherten" Erkenntnisse zu anderen Fällen einer Sittenwidrigkeit wegen Drittbelastung zurückzugreifen.

Zu Recht meint daher Bosch³ in seiner kurzen Urteilsanmerkung, daß diese Entscheidung es den Instanzgerichten nicht leichter macht, die Sittenwidrigkeit von Unterhaltsverzichteten zu beurteilen.

3 Meinungsstand zu § 1585 c

Die Betrachtung des Meinungsstandes zu § 1585 c zeigt, daß ganz überwiegend die von der herrschenden Ansicht zu § 72 EheG aF vertretenen Grundsätze übernommen wurden.

a Schädigungsabsicht als Sittenwidrigkeitsvoraussetzung

So verlangt der überwiegende Teil der Lehre nach wie vor - zum Teil unter ausdrücklichem Hinweis auf frühere Rechtsprechung - eine Schädigungsabsicht als zumindest im wesentlichen mitbestimmendes Motiv zum Abschluß

1) Ständige Rechtsprechungsformel, vgl nur BGH LM § 138 (Ca) Nr 1 mwNw.

2) Eine endgültige Entscheidung hat der BGH nicht getroffen, sondern den Rechtsstreit an das OLG zurückverwiesen.

3) Bosch FamRZ 83, 140.

des Unterhaltsverzichts¹. Auch die neuere OLG-Rechtsprechung hat teilweise die schon zu § 72 EheG af überwiegend vertretenen Grundsätze übernommen: So hat das OLG Hamm² unter Berufung auf überwiegend ältere Rechtsprechung und Literatur im entschiedenen Fall festgestellt, daß "Anhaltspunkte dafür, daß die Parteien die Vereinbarung geschlossen haben, um eine spätere Unterhaltslast auf andere abzuwälzen", nicht vorlägen. Von einer Herausarbeitung der wahren Motive der Parteien hat das Gericht abgesehen. Allerdings betraf die Entscheidung einen Unterhaltsverzicht (zugleich mit einem Verzicht auf Versorgungsausgleich) bereits vor Eheschließung, also zu einem Zeitpunkt, zu dem die Ehegatten regelmäßig nicht an Scheidung denken und zu dem sich insbesondere häufig nur schwer voraussehen läßt, ob und welche Unterhaltspflichten nach einer Scheidung bestehen. In einer Urteilsanmerkung kritisiert jedoch Bosch³ zu Recht, daß das Gericht die besonderen Umstände bei Eingehen einer sog "Legitimationsehe", für deren Annahme hier deutliche Indizien vorlagen, unberücksichtigt gelassen hat. Das OLG Düsseldorf⁴ hat eine Schädigungsabsicht als zumindest vorrangiges Motiv verlangt, diese jedoch im Ergebnis aus objektiven Umständen geschlossen, und zwar aus der bei Verzichtsabschluß bereits bestehenden

- 1) Göppinger, Vereinbarungen, Rdn 315
v. Hornhardt Anm zu LG Köln DNotZ 81, 450
MK/Richter § 1585 c Rdn 32, insbes auch im Ergänzungsband
Rolland § 1585 c Rdn 34
ähnlich Soergel/Häberle § 1585 c Rdn 15, der verlangt, daß durch den Verzicht Sozialhilfe erschlichen werden soll (zum Schutz von Verwandten hält er § 1611 für einschlägig, dazu siehe oben)
Walter NJW 81, 1412.
- 2) OLG Hamm FamRZ 82, 1215.
- 3) Bosch FamRZ 82, 1216.
- 4) OLG Düsseldorf FamRZ 81, 1080, 1081.

Bedürftigkeit der Ehefrau bei gleichzeitiger Leistungsfähigkeit des Ehemannes. Hier wird also im Ergebnis, ohne die Motivation der Ehegatten positiv erforscht zu haben, in nur scheinbarer Anknüpfung an strenge subjektive Voraussetzungen mit dem prozessualen Mittel des Indizienbeweises auf rein objektive Umstände abgestellt. Die Entscheidung zeigt damit deutlich das Problem der Nachweisbarkeit einer Schädigungsabsicht, auf das später noch näher einzugehen ist¹.

Schließlich verlangte auch das OLG Köln² für eine Sittenwidrigkeit, daß der Berechtigte durch den Verzicht Dritten zur Last fallen solle.

b Gernhuber, Göppinger

Noch weitergehende Voraussetzungen verlangen Gernhuber und Göppinger:

Gernhuber³ sieht im Ergebnis für eine Nichtigkeit von Unterhaltsverzicht nach § 138 "praktisch keinen" Anwendungsbereich, da er Sittenwidrigkeit selbst bei einer Schädigungsabsicht der Ehegatten im oben dargestellten Sinne nur bei einem geschenkten Verzicht annehmen will und in diesen Fällen den Unterhaltsanspruch (wenn auch nicht in vollem Umfang) über § 528 soweit wiederherstellen will, wie die Bedürftigkeit reicht. Dabei erkennt Gernhuber, daß § 528 nur den Schenker schützt, nicht aber Dritte, die durch Verarmung des Schenkers mittelbar betroffen sind. Zu der Frage, ob der Dritte einen Anspruch gegen den Schenker auf Durchsetzung seines Anspruchs aus § 528 hat, nimmt Gernhuber nicht Stellung. Jedenfalls in den Fällen, in denen der Verzicht zwecks Drittschädigung vereinbart wurde, wird der Schenker von sich aus den Kondiktionsanspruch

1) Dazu unten S. 73 ff .

2) OLG Köln DNotZ 81, 444 ff.

3) Gernhuber § 30 XII 7.

des § 528 nicht geltend machen, da er damit das gemeinsam mit seinem Ehegatten verfolgte Ziel aufgeben würde.

Göppinger¹ verlangt zusätzlich zur Schädigungsabsicht, daß schon im Zeitpunkt der Vereinbarung eine Bedürftigkeit des verzichtenden Ehegatten vorlag oder als sicher bevorstehend erkannt wurde und den Parteien bewußt war, daß der andere Teil leistungsfähig sein werde, womit er das Problem des "untauglichen Versuchs" einer Drittschädigung anspricht. Diese Problematik dürfte jedoch im Zusammenhang mit Rückgriffsklagen, in denen regelmäßig die Unwirksamkeit des Verzichts aus Gründen der Drittbelastung zu Tage tritt, keine praktische Bedeutung erlangen, da sich in den Rückgriffsfällen die beabsichtigte Schädigung bereits realisiert hat und Rückgriffsklagen gegen einen offensichtlich Leistungsunfähigen wirtschaftlich unsinnig sind.

c Tendenz zur Objektivierung

In neuester Zeit finden sich vereinzelt Tendenzen, das Sittenwidrigkeitsurteil in erster Linie aus objektiven Umständen herzuleiten. So nimmt Giese², der zutreffend erkennt, daß die auf den Besonderheiten des Schuldprinzips basierenden Argumente der früher überwiegenden Ansicht unter geltendem Recht "ins Leere greifen"³, Nichtigkeit eines Verzichts schon dann an, wenn bei dessen Vereinbarung eine Bedürftigkeit des Verzichtenden vorlag oder als sicher bevorstehend erkannt wurde, der Verzichtsempfänger leistungsfähig war und diese Umstände den Parteien auch bekannt waren. Im Ergebnis ähnlich stellt das OLG Karlsruhe⁴ unter

1) Göppinger Rdn 1642.

2) Giese ZfF 78, 251, 253
ähnlich Gottschick/Giese § 90 Anm 5. 2.

3) Giese aaO S. 252.

4) OLG Karlsruhe FamRZ 83, 174, 175, wobei das OLG den rechtlichen Lösungsansatz über die Grundsätze des Vertrags zu Lasten Dritter wählt.

Außerachtlassen der Beweggründe der Parteien lediglich darauf ab, daß den Parteien bei Verzichtsabschluß die Bedürftigkeit des einen und die Leistungsfähigkeit des anderen Ehegatten bekannt waren und läßt es genügen, daß es "damit für die Parteien offen auf der Hand" lag, daß die Ehefrau nach der Scheidung auf Sozialhilfe angewiesen sein werde.

Das OLG Bamberg¹ hat Sittenwidrigkeit eines Verzichts verneint, da im entschiedenen Fall die nach der Scheidung eingetretene Bedürftigkeit der Ehefrau im Zeitpunkt der Vereinbarung noch nicht vorhersehbar war. Allerdings scheint auch das OLG Bamberg eine objektivierte Betrachtung für ausreichend zu halten, wenn es ausführt: "Es ist deshalb nicht ersichtlich, daß die Antragstellerin ohne die Unterhaltsansprüche gegen ihren Ehemann Sozialhilfe oder Verwandte in Anspruch nehmen muß und dies mit dem Unterhaltsverzicht bezweckt oder die zwangsläufige Folge der Vereinbarung war." Nach ähnlichen Grundsätzen hat schließlich das OLG Zweibrücken² einen nach Scheidung getroffenen Unterhaltsvergleich als sittenwidrig angesehen, weil die Parteien damit "ihre auf der Ehe beruhenden Vermögensverhältnisse zum Schaden der Sozialhilfe geregelt und sich auf diese Weise objektiv zum Nachteil eines Dritten, nämlich der öffentlichen Hand, über ihre Familienlasten geeinigt" haben.

Recht konturenlos stellt das OLG Frankfurt/M³ entscheidend darauf ab, ob die Ehegatten bei Abschluß des Verzichts eine Schädigung Dritter bereits "in Aussicht" genommen haben.

Soweit in diesen neueren Stellungnahmen - zum Teil unter ausdrücklicher Berufung auf BGHZ 86, 82 ff⁴ - eine

1) OLG Bamberg FamRZ 84, 483 ff.

2) OLG Zweibrücken FamRZ 83, 930.

3) OLG Frankfurt/M FamRZ 84, 486, 487.

4) So OLG Zweibrücken FamRZ 83, 930 und OLG Bamberg FamRZ 84, 483.

Erforschung und Wertung der Beweggründe, durch die sich die Ehegatten zur Verichtsvereinbarung haben bewegen lassen, ganz unterbleibt, wird zum einen die genannte BGH-Entscheidung, die gerade auf den Gesamtcharakter des Verichts abstellt, überinterpretiert, zum anderen aber insbesondere auch das den Ehegatten durch § 1585 c ausdrücklich gewährte Recht auf Verfügung über den Geschiedenenunterhalt ungerechtfertigt stark eingeschränkt. Ein gesetzlich zugelassenes Rechtsgeschäft kann nicht schon allein wegen seiner Auswirkungen gegenüber Dritten unwirksam sein.

4 Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, daß auch zu § 1585 c überwiegend die Auffassung vertreten wird, ein Unterhaltsverzicht könne nur dann wegen einer Drittbelastung sittenwidrig sein, wenn diese Folge für die Ehegatten der für dessen Vereinbarung zumindest wesentlich mibestimmende Beweggrund war. Oben wurde aber bereits gezeigt, daß die in der Lehre überwiegend und in der Rechtsprechung teilweise vollzogene Übernahme der zu § 72 EheG aF entwickelten Grundsätze ohne Herausarbeitung neuer Abwägungskriterien unzulässig ist, da die früher tragenden Argumente im Rahmen des § 1585 c ins Leere greifen.

Weiterhin ist festzustellen, daß die vom BGH¹ zu diesem Problemkreis aufgestellten Grundsätze zwar in ihrer Abstraktheit zutreffend sein mögen, jedoch zu vage sind, um den Instanzgerichten bei der Wirksamkeitsprüfung konkrete Entscheidungshilfen zu geben. Schließlich schränkt ein Lösungsweg, der lediglich auf die objektiven Umstände bei Abschluß des Verichts und dessen Folgen abstellt, die durch § 1585 c konkretisierte Privatautonomie in diesem Rechtskreis unzulässig ein.

1) BGHZ 86, 82 ff = FamRZ 83, 137 ff = NJW 83, 1851 ff.

5 Weiteres Prüfungsvorgehen

Es ist daher eine erneute Untersuchung der Problematik unter Berücksichtigung der aufgrund der strukturellen Veränderungen des nachehelichen Unterhaltsrechts denkbaren Motive der Ehegatten zum Abschluß einer Verzichtvereinbarung vorzunehmen.

a Voraussetzung der Schädigungsabsicht als Beweislastproblem

Bei der Untersuchung ist insbesondere zu fragen, ob Fallkonstellationen denkbar sind, in denen auf den Nachweis einer Schädigungsabsicht verzichtet werden kann oder eine solche Absicht mit den prozessualen Hilfsmitteln des prima-facie-Beweises oder eines Rückschlusses nachgewiesen werden kann. Es ist nämlich nicht zu verkennen, daß unter Zugrundelegung der von der überwiegenden Ansicht verlangten Voraussetzung der Schädigungsabsicht kaum jemals die Unwirksamkeit eines Verzichts auf Unterhalt festgestellt worden ist¹. Es finden sich in der Judikatur nur vereinzelt Urteile, in denen den Parteien die vorausgesetzte Schädigungsabsicht nachgewiesen werden konnte. So wurde zB im Urteil des LG Berlin-Charlottenburg² von einem "abgekarteten Spiel" gesprochen. Ähnlich hat das OLG Düsseldorf³ aus objektiven Umständen auf die verlangte Schädigungsabsicht der Ehegatten geschlossen.

Meist bleibt es dagegen bei der Feststellung, eine Benachteiligungsabsicht habe "sich nicht feststellen lassen" oder es seien "keine Anhaltspunkte für eine

1) Auf die Problematik des Nachweises subjektiver Momente im Zusammenhang mit Unterhaltsverzicht weist ausdrücklich auch Sbresny ZfF 82, 241 hin.

2) LG Berlin-Charlottenburg MDR 54, 37.

3) OLG Düsseldorf FamRZ 81, 1080, 1081.

solche Absicht" gegeben¹.

b Beweiserleichterung nach den Grundsätzen des
Anscheinsbeweises?

Dieses Ergebnis kann nicht überraschen, wenn man zum einen berücksichtigt, daß die Ehegatten im Regreßprozeß wohl kaum jemals eine Schädigungsabsicht zugestehen (§ 288 ZPO) oder als Zeuge bekunden werden und sich zum anderen die allgemeinen Schwierigkeiten beim Nachweis sogenannter innerer Tatsachen² vor Augen führt. Als innere Tatsachen werden im Gegensatz zu äußeren Tatsachen - also Geschehnissen oder Zuständen der Außenwelt - Vorgänge des Seelenlebens verstanden, wozu insbesondere Beweggründe und Überlegungen gehören, also im einzelnen ein bestimmter Wille oder Vorsatz, eine Absicht, die Kenntnis bestimmter Umstände und das Einverständnis³.

aa Grundsätze des Anscheinsbeweises

Die hier ausschlaggebende innere Tatsache einer Schädigungsabsicht ist zwar nicht nur durch ein Zugeständnis nachweisbar, denn es gilt der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 287 ZPO). Danach entscheidet das Gericht über die streitige entscheidungserhebliche Tatsache unter Berücksichtigung aller durch die Verhandlung und eine etwaige Beweisaufnahme zu Tage getretenen Umstände aufgrund seiner Erfahrung und Menschenkenntnis nach freier Überzeugung; allerdings

1) So etwa OLG Hamm FamRZ 82, 1216
LG Bielefeld NJW 58, 185
OLG Düsseldorf FamRZ 55, 294.

2) Zu diesem Begriff vgl etwa
Rosenberg/Schwab § 116 I 1 aE
Baumbach/Hartmann Einführung vor § 284, 4 B
Zöller § 286 III.

3) Vgl auch die Beispiele bei Rosenberg/Schwab § 114 I 1.

unter Bindung an Erfahrungs-, Denk- und Naturgesetze¹. Insbesondere die Grundsätze des Anscheinsbeweises können grundsätzlich bei der Beweiswürdigung² eine wertvolle Unterstützung bieten. Ohne auf den Streit um Bewertung und systematische Einordnung des Anscheinsbeweises näher einzugehen³, kann allgemein gesagt werden, daß sich das Gericht beim Anscheinsbeweis bestimmter, zuverlässiger Erfahrungssätze bedient und seine Beweiswürdigung auf die "Berücksichtigung der Erfahrungen des Lebens, die bei typischen Geschehensabläufen auf bestimmte Ursachen hinweisen"⁴ stützt. Nach der Rechtsprechung des BGH ist entscheidend, daß ein typischer Geschehensablauf vorliegt. Das bedeutet, daß ein Tatbestand vorliegen muß, der nach der Lebenserfahrung in aller Regel auf eine bestimmte Ursache hinweist und in eine bestimmte Richtung zu laufen pflegt, bei dem also aus dem regelmäßigen und üblichen Ablauf der Dinge ohne weiteres auf den Hergang im zu entscheidenden Einzelfall geschlossen werden kann⁵. Von einem Anscheinsbeweis kann jedoch nur dann gesprochen werden, wenn die Beweiskraft des Erfahrungssatzes so stark ist, daß dieser allein geeignet ist, eine tatsächliche Vermutung für einen bestimmten Geschehensablauf zu begründen, denn Erfahrungssätze sind bei jeder Beweiswürdigung unentbehrlich⁶.

1) Rosenberg/Schwab § 114 I 1.

2) Zur Einordnung des prima-facie-Beweises im Rahmen der Beweiswürdigung und nicht innerhalb der Beweislast vgl. Rosenberg/Schwab § 114 II 3 a sowie Prütting § 9 I. Schneider § 21 hält es dementsprechend auch für richtiger, von "Beweiswürdigung des ersten Anscheins" zu sprechen.

3) Vgl. dazu im einzelnen etwa Musielak S. 83 ff.

4) So etwa BGH NJW 51, 195.

5) So BGH NJW 68, 2139.

6) Schneider § 21 S. 80.

bb Anwendbarkeit des Anscheinsbeweises auf innere
Tatsachen

Ob die Grundsätze des Anscheinsbeweises auf innere Tatsachen angewendet werden können, ist allerdings umstritten. Wenn auch der "klassische" Anwendungsbereich dieser Grundsätze auf den Gebieten der Feststellung der Fahrlässigkeit und des Kausalzusammenhangs liegt¹, so ist er doch nicht auf diese Fälle begrenzt². Allerdings wird teilweise die Auffassung vertreten, der Anscheinsbeweis sei auf den Bereich individueller Willensentschlüsse nicht anwendbar³.

Wenn auch in der Rechtsprechung immer wieder von einer Unanwendbarkeit im Bereich der Feststellung des individuellen Willensentschlusses eines Menschen gesprochen wurde, "der erfahrungsgemäß von jedem Menschen nach verschiedenen, ihm besonders eigenen Gesichtspunkten gefaßt werde"⁴, so wird diese Rechtsprechung doch verschiedentlich, und zwar gerade auch für die

-
- 1) Vgl. näher Musielak S. 89 ff. zur Fahrlässigkeit sowie S. 99 ff. zur Kausalitätsfeststellung nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises. Rosenberg/Schwab § 114 II 2 mit zahlreichen Rechtsprechungsbeispielen.
 - 2) Vgl. etwa die Zusammenstellungen von Anwendungsbeispielen bei Schneider § 23 S. 87 Musielak S. 172 f.
 - 3) So insbes. Rosenberg/Schwab § 114 II 2 aE Schneider § 26, Stichwort "Individualvorgang" Zöllner/Stephan § 287 IV 3 aE Greger S. 199.
 - 4) Vgl. BGH LM § 286 ZPO (C) Nr. 1 BGHZ 31, 351, 357 BGH VersR 57, 585, 586 (dort ging es um einen bestimmten Willen des Klägers) BGH VersR 57, 198 (auch dort ging es um den Willen des Klägers) BGH NJW 68, 2139 zu der Frage, inwieweit jemand durch eine arglistige Täuschung zum Abschluß eines Vertrages bestimmt worden ist. Die Willensentscheidung, den Vertrag abzuschließen, könne nicht nach den allgemeinen Regeln der Lebenserfahrung beantwortet werden.

Feststellung bestimmter Absichten durchbrochen: So hat der BGH¹ in einer im Ergebnis zweifellos zutreffenden² Entscheidung auf die subjektive Tatsache einer bestimmten Absicht, und zwar im entschiedenen Fall einer Selbstmordabsicht, die Grundsätze des Anscheinsbeweises angewendet. Der BGH hatte dort aus dem Umstand, daß der den tödlichen Schuß auslösende Bolzenschußapparat auf die Stirn des Verletzten aufgesetzt war, auf eine Selbstmordabsicht des Getöteten geschlossen, da nach der Lebenserfahrung solche Schüsse nicht versehentlich losgehen, sondern regelmäßig mit Selbstmordabsicht ausgelöst zu werden pflegten.

In einer späteren Entscheidung hat der BGH³ zur Feststellung eines Handelns zu Wettbewerbszwecken iSd § 1 UWG die auf Wettbewerb gerichtete Absicht nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises festgestellt und im einzelnen ausgeführt, es sei nicht zu beanstanden, wenn angenommen werde, daß "für den Wettbewerbszweck einer ... im Geschäftsverkehr gemachten Äußerung nach allgemeinen Erfahrungssätzen eine innere Wahrscheinlichkeit streitet, die der Äußernde nach den Regeln des Beweises des ersten Anscheins zu entkräften hat".

Ähnlich führte der BGH in einer anderen Entscheidung⁴, in der eine Wettbewerbsabsicht im Ergebnis verneint wurde, aus, es möge im allgemeinen richtig sein, "erfahrungsgemäß auf eine bestimmte Wettbewerbsabsicht zu schließen, wenn Mitbewerber im geschäftlichen Verkehr Äußerungen tun, die objektiv geeignet sind, eigenen oder fremden Wettbewerb zu fördern".

In einer neueren Entscheidung, in der es um die Frage eines Brandstiftungsvorsatzes ging, hat der BGH⁵ die

1) BGH VersR 55, 99 ff.

2) Zustimmend auch Walter JZ 78, 112, 115, Anm zu BGH JZ 78, 111.

3) BGH GRUR 60, 384, 386.

4) BGHZ 3, 270, 277.

5) BGH JZ 78, 111 ff. · VersR 78, 74 ff.

Frage der Anwendbarkeit des Anscheinsbeweises auf individuelle Willensentschlüsse offengelassen.

Auch in der Lehre ist die generelle Nichtanwendung des Anscheinsbeweises auf innere Tatsachen verschiedentlich abgelehnt worden¹.

Richtigerweise wird man davon ausgehen müssen, daß auch im Bereich innerer Tatsachen im Einzelfall bestimmte Erfahrungssätze bestehen können, nach denen aus objektiven Umständen auf eine bestimmte innere Tatsache, zum Beispiel eine Absicht, geschlossen werden kann.

Dies zeigt der oben erwähnte Selbstmordfall ganz deutlich. Richtig ist aber, daß die Anzahl der Erfahrungssätze im subjektiven Bereich nur gering ist². Der Anscheinsbeweis ist nämlich nur dann taugliches Beweismittel, wenn der oder die objektiven Umstände nur den Schluß auf eine bestimmte innere Tatsache zulassen.

Im Selbstmordfall durfte der Anscheinsbeweis angewendet werden, weil bei dem im entschiedenen Fall festgestellten äußeren Verhalten des Handelnden vernünftigerweise kein anderes Motiv und kein anderer Zweck denkbar war, als sich selbst zu töten.

Eine solche Ausschließlichkeit eines einzigen Beweggrundes wird sich bei einer komplexeren Entscheidungssituation wie der des Abschlusses eines gegenseitigen Unterhaltsverzichts kaum jemals feststellen lassen. Wenn auch die im heutigen Unterhaltsrecht für einen Unterhaltsverzicht denkbaren Zwecke noch nicht näher untersucht, sondern nur einzelne früher denkbare Zwecke ausgeschlossen wurden, so erscheint es im Ergebnis

-
- 1) Walter ZZP 90, 270, 278
ders JZ 78, 112
Munichak S. 128 ff
Prütting § 9 V 4 und 6 (S. 107)
Gegen eine generelle Unanwendbarkeit auch MK/Grunsky
vor § 249 Rdn 136 aE.
 - 2) So auch Prütting aaO S. 107 und
MK/Grunsky vor § 249 Rdn 136 aE.

doch unwahrscheinlich, daß die Grundsätze des Anscheinsbeweises im Einzelfall eine zulässige Beweishilfe bieten können.

c Möglichkeit des Nachweises innerer Tatsachen durch Rückschlüsse

Die Rechtsprechung hat verschiedentlich versucht, die zur Feststellung der Sittenwidrigkeit nach § 138 verlangte subjektive Voraussetzung einer verwerflichen Gesinnung mit einem Rückschluß aus objektiven Umständen nachzuweisen. So hat bereits der große Zivilsenat des Reichsgerichts¹ zu der Frage, ob sich allein aufgrund eines auffälligen Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung die Sittenwidrigkeit eines Vertrages bejahen lasse, ausgeführt, das Maß des Mißverhältnisses sei eine wichtige Erkenntnisquelle für die Sinnesart des die Vorteile hinnehmenden Vertragspartners. Dieses könne so groß sein, daß es den Schluß auf bewußte oder doch grob fahrlässige Ausnutzung eines den Vertragsgegner hemmenden Tatumstandes zwingend nahelege. Ähnlich hat der BGH mehrfach der Höhe des Zinssatzes eine verwerfliche Gesinnung bei Abschluß eines Darlehensvertrages entnommen². Mit einem solchen Rückschluß werden jedoch subjektive Anforderungen an § 138 nur noch scheinbar aufrechterhalten. Der Rückschluß kommt damit im Ergebnis einer Fiktion gleich³. Zur Feststellung einer Schädigungsabsicht bei Abschluß eines Unterhaltsverzichts erscheint ein Rückschluß, obwohl er vereinzelt von der Rechtsprechung angewendet worden ist⁴, nicht geeignet. Die

1) RGZ 150, 1, „
ablehnend dazu richtigerweise Larenz AT § 22 III 3.

2) BGH BB 56, 318; 62, 158
BGH DB 69, 167.

3) So auch MK/Mayer-Maly § 138 Rdn 109.

4) So etwa im Fall OLG Düsseldorf FamRZ 81, 1080 f.

Motive, die zum Abschluß eines solchen Vertrages führen können, sind zu vielfältig, um aus bestimmten objektiven Gegebenheiten den Schluß zu ziehen, die Vereinbarung sei zumindest überwiegend zum Zwecke der Benachteiligung Dritter getroffen worden.

d Berücksichtigung des Gebots der Rechtssicherheit

Ein weiteres Argument für die Bemühung, das Sittenwidrigkeitsurteil möglichst auf objektive Umstände zu stützen, das mit den beschriebenen Schwierigkeiten des Nachweises innerer Tatsachen eng verknüpft ist, ergibt sich aus dem Gebot der Rechtssicherheit. Dieses bezieht sich in erster Linie auf den Bereich der Rechtsnormen, die eine hinreichende Klarheit, Einfachheit und Übersichtlichkeit aufweisen müssen, um Rechtsuchenden und Rechtsanwendern die gebotene Orientierungssicherheit¹ zu bieten. Das Gebot der Rechtssicherheit beschränkt sich jedoch nicht auf diese Gesetzessicherheit, sondern gilt auch für den Bereich richterlicher Entscheidungen, also die Rechtsprechungssicherheit. Diese verlangt eine hinreichende Voraussehbarkeit des gerichtlichen Entscheidungsinhalts, die es dem Rechtsuchenden ermöglicht, die Erfolgchancen eines beabsichtigten Rechtsmittels² konkret abzuschätzen³. Das Maß der Rechtsprechungssicherheit ist umso höher, je mehr die Rechtsfolge aus objektiven Umständen, die dem Beweis eher zugänglich sind als subjektive Tatsachen, hergeleitet werden kann.

1) Zu diesem Begriff Henkel S. 437 ff.

2) Rechtsmittel im weitesten Sinne als jede Klageerhebung oder -verteidigung verstanden.

3) Dazu Henkel S. 442.

C Tatbestandsvoraussetzungen des § 138

Nach § 138 Abs 1 ist dasjenige Rechtsgeschäft nichtig, das "gegen die guten Sitten verstößt".

Zweck und zugleich innere Rechtfertigung der Vorschrift ist es, einen Mißbrauch der Privatautonomie, insbesondere der Vertragsfreiheit, dadurch zu vermeiden, daß sie einem Rechtsgeschäft bei einem Verstoß gegen jene, nicht positiv normierte Ordnung, die als "gute Sitten" bezeichnet wird, die Wirksamkeit versagt. Der Grund dafür liegt darin, daß Inhalt oder Auswirkungen des Rechtsgeschäfts der Rechtsordnung "sehr unerwünscht" sind¹. § 138 ist damit "Pendant und Korrigens"² der Privatautonomie, indem er der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsfreiheit Grenzen zieht.

Eine über die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts hinausgehende Wirkung begründet § 138 jedoch nicht, insbesondere folgt dem Sittenverstoß keine Pönalisierung des Verhaltens der Vertragsparteien. Diese wird vielmehr nur durch die in § 826 und § 1 UWG normierte Schadensersatzpflicht erreicht, deren Tatbestandsvoraussetzung ein sittenwidriges Verhalten der Parteien ist. Wohl aber verfolgt die mit der Unwirksamkeitsfolge vom Gesetz zum Ausdruck gebrachte Diskriminierung des Rechtsgeschäfts den Zweck, die Parteien³ von dem Abschluß derartiger Rechtsgeschäfte abzu-schrecken⁴.

Ein Musterbeispiel für eine scharfe begriffliche Unterscheidung der Tatbestandsvoraussetzungen von § 138

1) Mayer-Maly S. 19.

2) So Lindacher AcP 173, 125.

3) Eine Abschreckung beider Parteien kommt nur bei Rechtsgeschäften in Betracht, deren Sittenwidrigkeit aus der Verletzung der Rechte Dritter folgt. Bei Rechtsgeschäften, die wegen einer Benachteiligung eines Vertragspartners sittenwidrig sind, richtet sich die Abschreckungswirkung nur gegen den anderen Geschäftspartner.

4) Lindacher AcP 17, 111.

und § 826, die auch der BGH in neuerer Zeit deutlich hervorgehoben hat¹, enthält eine Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1933², in der das Gericht zur Problematik der Kredittäuschung feststellt, bei § 138 gehe es um die Beurteilung eines Rechtsgeschäfts, bei § 826 um ein schädigendes Verhalten (das freilich auch im Abschlusse eines Rechtsgeschäfts bestehen kann³). Da § 138 ausschließlich auf den Sittenverstoß abstelle, komme es in subjektiver Beziehung lediglich auf die Kenntnis der Umstände an, die ein Tun zu einem sittlich verwerflichen machen. Dagegen fordere § 826 außer dem Sittenverstoß und dem Eintritt eines Schadens einen auf Schädigung gerichteten Vorsatz, der freilich auch nur bedingt sein könne. Grobe Fahrlässigkeit könne zwar zur Sittenwidrigkeit nach § 138 führen, den nach § 826 relevanten Vorsatz dagegen niemals ersetzen.

Diese scharfe begriffliche Trennung ist freilich in Rechtsprechung und Lehre nicht immer eingehalten worden⁴, insbesondere stellte auch die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Unterhaltsverzicht nach § 138 teilweise auf ein sittenwidriges Handeln der Parteien ab⁵.

-
- 1) Vgl insbesondere
BGH BB 70, 189 r
BGH LM § 826 (Cd) Nr 22 sowie
BGH NJW 70, 1273, 1275, wo es zum Fall des Geliebtestaments heißt: "Es geht im Rahmen des § 138 nicht entscheidend um die Beurteilung eines Verhaltens einer Person und um Sanktionen für unsittliches Verhalten, sondern es geht allein um die Frage der Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts, bei der naturgemäß die Art des Verhaltens der an dem Geschäft Beteiligten von Bedeutung werden kann".
 - 2) RGZ 143, 48, 50 f.
 - 3) Mayer-Maly S. 18.
 - 4) Eine Verwischung der Konturen von § 138 und § 826 findet sich etwa in RGZ 150, 1 ff.
 - 5) So etwa OLG Düsseldorf FamRZ 55, 295.

I Allgemeine Definition der Sittenwidrigkeit gemäß
§ 138

Zur näheren Bestimmung der ausfüllungsbedürftigen Generalklausel der "guten Sitten" verwenden Rechtsprechung und Lehre im Anschluß an die Motive¹ seit jeher die bekannte Formel, nach der das Gericht den Maßstab für die guten Sitten dem "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" entnehmen muß².

Zwar können dieser Formel rationale und operationale Elemente nicht abgesprochen werden, weil sie immerhin klarstellt, daß nicht einfach demoskopisch ermittelbare Anschauungen entscheiden³ und sie es dem Richter verwehrt, sich entscheidend von seinen eigenen Anschauungen leiten zu lassen⁴. Gleichwohl kann nicht verkannt werden, daß diese Formel zur inhaltlichen Präzisierung nicht viel beiträgt, da das Kriterium der "billig und gerecht Denkenden" seinerseits wieder einer näheren Bestimmung bedarf⁵. Hinzu kommt, daß - obwohl der Begriff der guten Sitten ein objektiver ist - das Anstandsgefühl im subjektiven Bereich liegt und es dem Richter nur schwer möglich sein wird, im Einzelfall das An-

1) Mot II S. 727.

2) Diese allgemeine Begriffsbestimmung hat sich zunächst zu § 826 (vgl. RGZ 48, 114, 124; BGHZ 20, 71, 74) und dann auch zu § 138 entwickelt (RGZ 80, 219, 221; 120, 142, 148) und ist seitdem allgemein gebräuchlich, vgl. etwa BGHZ 10, 228, 232 BGHZ 69, 297 BAG NJW 76, 1958 MK/Mayer-Maly § 138 Rdn 14 Pal/Heinrichs § 138 Anm 16.

3) So MK/Mayer-Maly § 138 Rdn 14.

4) Larenz AT § 22 III a.

5) Kritisch zu der genannten Definition Larenz AT § 22 III a: Medicus AT Rdn 684 spricht sogar von einem Scheitern aller bisherigen Formulierungsversuche.

standsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zu ermitteln. Schließlich wird in einzelnen Bereichen, in denen die Ansichten einem häufigen Wandel¹ unterliegen, wie etwa auf dem sexuellen Gebiet, das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden gar nicht zu ermitteln sein, weil während einer Übergangszeit von einer einheitlichen oder auch nur mehrheitlichen Überzeugung nicht die Rede sein kann².

Im Ergebnis zeigt sich, daß die allgemeine Definition der Sittenwidrigkeit keine hinreichend konkreten Hilfen für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines Unterhaltsverzichts bietet.

II Unterscheidung zwischen Inhalts- und Umstandssittenwidrigkeit

Eine gewisse Konkretisierungshilfe kann zunächst die Unterscheidung zwischen der Inhalts- und der Umstandssittenwidrigkeit bieten.

1 Begriff und Hauptfälle der Inhaltssittenwidrigkeit

Die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts kann sich unmittelbar aus seinem Inhalt ergeben, ohne daß es auf die Umstände ankommt, unter denen es getätigt wurde.

-
- 1) Ein besonders anschauliches Beispiel für die Wandelbarkeit des Sittenbegriffs zeigt sich zB in der Rechtsprechung zum Verkauf einer Arzt- oder Anwaltspraxis: Während die Rechtsprechung des Reichsgerichts einen solchen Kauf als sittenwidrig ansah (vgl. RGZ 153, 296 ff; 161, 155), hat sich diese Wertung im Laufe der Zeit grundlegend geändert, vgl. BGHZ 16, 74; 43, 49; BGH NJW 73, 98, 100.
 - 2) So auch Larenz AT § 22 III a
Auf die generell bestehende Wandelbarkeit der allgemeinen Rechtsanschauungen (dazu Staud/Dilcher § 138 Edb. 17) wird noch unten S. 103 f. im Zusammenhang mit dem Zeitpunkt der Beurteilung der Sittenwidrigkeit eingegangen.

Diese Inhaltssittenwidrigkeit (auch endogene Sittenwidrigkeit genannt¹⁾ war im ersten Entwurf (§ 106) des heutigen § 138 vorgesehen, der lautete: "Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten ... verstößt, ist nichtig". Sie findet sich heute noch in § 241 Ziff 4 AktG.

Typische Fälle einer Inhaltssittenwidrigkeit sind insbesondere Vereinbarungen, die auf ein unsittliches Verhalten abzielen, wie zB die Vereinbarung einer strafbaren Handlung, eines Vertrags- oder Treuebruchs sowie der Dirnenvertrag². Weiterhin gehören dazu Verträge, durch die eine rechtliche Bindung für ein Verhalten begründet werden soll, das nach geltenden ethischen Maßstäben nur aus freiem Entschluß und nicht unter einem Rechtszwang vorgenommen werden soll, wie etwa die Eheschließung oder der Wechsel der Konfession³.

Eine solche Inhaltssittenwidrigkeit kommt für den Unterhaltsverzicht schon deshalb nicht in Betracht, weil Vereinbarungen über den nachehelichen Unterhalt, zu denen nach einhelliger Ansicht insbesondere auch Unterhaltsverzicht gehören, durch § 1585 c gerade zugelassen sind und darüber hinaus als scheidungs erleich-

1) Soergel/Hefermehl § 138 Rdn 20.

2) Zu den genannten und weiteren Beispielen einer Inhaltssittenwidrigkeit vgl etwa die Fallgruppendarstellung bei Flume § 18 2 b.

3) Larenz AT § 22 III b 1
Flume § 18 2 b bb.

ternde Maßnahme sogar erwünscht sind¹.

2 Begriff und Besonderheiten der Umstandssittenwidrigkeit

Verstößt ein Rechtsgeschäft nicht schon seinem unmittelbaren Inhalt nach gegen die guten Sitten, weil dieser sittlich neutral ist, so kann sich die Sittenwidrigkeit doch aus weiter hinzutretenden Umständen ergeben, die das Rechtsgeschäft seinem Gesamtcharakter nach als sittenwidrig erscheinen lassen² (sog Umstandssittenwidrigkeit, auch exogene Sittenwidrigkeit genannt³).

Rechtsprechung und Lehre verwenden zur Kennzeichnung der Umstandssittenwidrigkeit seit jeher die Kurzformel, zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit komme es entscheidend "auf den aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcha-

1) Dies ist angesichts des Grundsatzes der Unauflöslichkeit der Ehe (vgl § 1353 Abs 1 S 1) nicht gerade selbstverständlich. Zu der Rechtsprechung vor 1938 vgl die Darstellung des Reichsgerichts über die frühere Rechtslage in der nach Inkrafttreten des § 80 EheG 1938 ergangenen Entscheidung RGZ 159, 162. Durch § 80 S 2 EheG 1938, mit dem § 72 S 2 EheG 1946 wörtlich übereinstimmte, hatte der Gesetzgeber klargestellt, daß eine solche Vereinbarung "nicht schon deshalb nichtig ist, weil sie die Scheidung erleichtert oder ermöglicht hat". Mit der Nichtübernahme des § 72 S 2 EheG aF in § 1585 c war keine sachliche Änderung beabsichtigt, vgl die Begründung des Entwurfs des 1. EheRG, BT-Drs 7/650 S. 149. Nach dieser Begründung "erscheint eine frühzeitige und endgültige vertragliche Lösung der unterhaltsrechtlichen Beziehungen der Ehegatten für die Zeit nach der Scheidung sogar erwünscht". Diese Tendenz kommt auch in § 630 Abs 1 ZPO zum Ausdruck.

2) Allgemeine Ansicht: Vgl etwa
Flume § 18 2 c
Larenz AT § 22 III a aE
MK/Mayer-Maly § 138 Rdn 11
Soergel/Hefermehl § 138 Rdn 18
Pal/Heinrichs § 138 Anm 1 b.

3) Begriff bei Soergel/Hefermehl aaO Rdn 19.

rakter des Rechtsgeschäfts" an¹. Aber diese schlagwortartige Formel ist zum einen noch zu unbestimmt und daher durch einzelne Falltypen zu konkretisieren², zum anderen aber auch inhaltlich nicht vollständig: Außenliegende Umstände können nämlich einmal in objektiven Elementen wie den Umständen bei Abschluß des Geschäfts, seinen (unmittelbaren oder mittelbaren) Auswirkungen sowie dem Verhalten und Vorgehen der Parteien beim Geschäftsabschluß³ liegen oder aber sich aus der Verwerflichkeit des mit dem Rechtsgeschäft verfolgten Zwecks oder der zugrunde liegenden Motivation der Parteien ergeben⁴.

a Allgemeines zum beweglichen Beurteilungssystem

Das Sittenwidrigkeitsurteil kann freilich nicht "rein rechnerisch" durch Addition all dieser Merkmale, die jeweils in gleichem Maße vorhanden sein müßten, gefällt werden. Vielmehr ist unter Berücksichtigung der verschiedenen Gewichtigkeit einzelner dieser Elemente der Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts zu würdigen.

-
- 1) So zuletzt für den Unterhaltsverzicht
BGHZ 86, 82 ff = FamRZ 83, 137, 139
Allgemein BGH LM § 138 (Ca) Nr 1
BGH NJW 51, 397
Pal/Heinrichs § 138 Anm 1
MK/Mayer-Maly § 138 Rdn 25 mit zahlreichen Rspr-Nw in Fn 87.
 - 2) So auch Larenz AT § 22 III a aE.
 - 3) Larenz AT § 22 III a aE
Dem steht nicht entgegen, daß § 138 gerade kein sittenwidriges Verhalten der Parteien verlangt; gleichwohl kann ein bestimmtes Handeln dem Rechtsgeschäft als Ergebnis des Handelns insgesamt ein sittenwidriges Gesamtgepräge geben.
 - 4) Zu den verschiedenen Elementen, die bei einer Umstandssittenwidrigkeit zu berücksichtigen sein können vgl
MK/Mayer-Maly § 138 Rdn 22 ff
Soergel/Hefermehl § 138 Rdn 18.

Insoweit wird verschiedentlich von einem "beweglichen System" gesprochen¹.

Die Eigenart eines solchen beweglichen Systems liegt darin, daß die einzelnen, jeweils mehr oder weniger stark ausgeprägten Elemente nicht stets kumulativ festgestellt werden müssen, sondern je nach ihrem Gewicht sich ergänzen, ersetzen oder auch allein genügen können². Entscheidend ist immer das Gesamtbild, das das Rechtsgeschäft bietet.

b Fallgruppenbeispiele zu den Auswirkungen des beweglichen Beurteilungssystems

Die Bedeutung dieses beweglichen Systems, die insbesondere in der möglichen Ergänzung oder Ersetzung fehlender Elemente durch besonders stark ausgeprägte andere Elemente des Rechtsgeschäfts liegen kann, wird an einzelnen Fallgruppenbeispielen besonders deutlich.

aa Sittenwidrigkeit aufgrund subjektiver äußerer Umstände

In Rechtsprechung und Lehre sind verschiedene Fallgruppen anerkannt, in denen die Sittenwidrigkeit trotz Fehlens objektiver äußerer Umstände allein aus mißachtenswerten Zwecken oder Motiven entnommen wird.

(1) Geliebtentestament

So ist etwa nach ständiger Rechtsprechung und einheitlicher Ansicht in der Lehre ein sogenanntes "Geliebten-

1) Der Begriff taucht auf bei
Soergel/Hefermehl § 138 Rdn 18.
MK/Mayer-Maly § 138 Rdn 24 spricht inhaltsgleich
von einem "Zusammenspiel beweglicher Elemente".

2) So Soergel/Hefermehl § 138 Rdn 18.

testament" ¹ jedenfalls dann wegen Verstoßes gegen die guten Sitten unwirksam, wenn die Zuwendung ausschließlich den Zweck verfolgt, geschlechtliche Hingabe zu belohnen oder zu fördern ². Hier folgt die Sittenwidrigkeit trotz der inhaltlichen Neutralität der Erbeinsetzung einer bestimmten Person aus dem mit der Zuwendung ausschließlich verfolgten Zweck, intime Beziehungen zu fördern, der von der herrschenden Sozialmoral als sittenwidrig angesehen wird. Erst wenn feststeht, daß nicht ausschließlich sexuelle Motive die Erbeinsetzung begründet haben, sondern achtenwerte oder wertneutrale Motive den Entschluß des Erblassers mitbegründet haben, ist die Sittenwidrigkeitsprüfung unter Berücksichtigung der sonstigen Umstände, insbesondere der Auswirkungen des Rechtsgeschäfts für Dritte vorzunehmen ³. Da es sich bei der Erbeinsetzung um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt, kann es naturgemäß nur auf die Motive und Zwecke des Testators ankommen; Verhalten und Absichten des Bedachten sind unerheblich. Zu beachten ist, und dies hat insbesondere der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahre 1970 ⁴ im Gegensatz zu seiner älteren Rechtsprechung ⁵ klar herausgestellt, daß es auch hier "allein um die Frage der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts" gehe und nicht um "Sanktionen für sittenwidriges Verhalten" ⁶.

-
- 1) Dies ist die schlagwortartige Bezeichnung für letztwillige Zuwendungen Verheirateter zugunsten von Personen, die mit diesen intime Beziehungen unterhielten.
 - 2) Ständige Rspr seit BGHZ 53, 369, 376 = NJW 70, 1253. Zuletzt bestätigt in BGH NJW 84, 2150.
Soergel/Hefermehl § 138 Rdn 187
Staud/Dilcher § 138 Rdn 63 jeweils mit zahlreichen wNw.
 - 3) BGH NJW 84, 2150, 2151.
 - 4) BGHZ 53, 369 ff.
 - 5) BGHZ 20, 71 ff
BGH LM § 138 (Cd) Nr 2, 7, 9, 11, 14, 15.
 - 6) BGHZ 53, 369, 375 bestätigt in
BGH LM § 138 (Cd) Nr 20 Bl 2.

(2) Fallgruppe der Gläubigerbenachteiligung

Größere praktische Bedeutung haben die Fälle der Sittenwidrigkeit aufgrund bestimmter Motive und Zwecke bei gegenseitigen Rechtsgeschäften.

Aus dem Umstand, daß es für die Rechtswirkungen eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts im allgemeinen ohne Belang ist, aus welchen Motiven und um welcher Zwecke willen der einzelne ein Rechtsgeschäft abschließt, folgt, daß Zweck und Motiv grundsätzlich nur das Handeln des Einzelnen betreffen und nicht das geschlossene Rechtsgeschäft. Daher macht ein moralisch verwerfliches Motiv nur einer Partei einen Vertrag mit sittlich neutralem Inhalt noch nicht sittenwidrig¹, und zwar selbst dann nicht, wenn dieses der anderen Partei bekannt ist². Sittenwidrigkeit kann sich in diesen Fällen daher nur ergeben, wenn beide Parteien mit dem Rechtsgeschäft einen sittenwidrigen Zweck verfolgt oder es aus sittenwidrigen Beweggründen geschlossen haben³. Der verfolgte Zweck gehört erst dann zum Rechtsgeschäft, wenn dieser von den Vertragsparteien gemeinsam verfolgt wird⁴. In diesen Fällen kann daher nicht nur das Handeln, sondern das Rechtsgeschäft selbst, soweit der gemeinsam verfolgte Zweck den guten Sitten zuwiderläuft, sittenwidrig sein.

Die wichtigste Fallgruppe, in der der sittenwidrige Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts aus der verwerflichen Zweckrichtung beider am Rechtsgeschäft beteiligten Parteien folgt, ist die der Gläubigerbenach-

1) Soergel/Hefermehl § 138 Rdn 35.

2) Larenz AT § 22 III b 5
RGE 143, 48, 51.

3) Soergel/Hefermehl § 138 Rdn 35
BGH WM 64, 1086, 1087
BGH WM 66, 495, 496.

4) Flamm § 138 (S. 374).

teiligung durch Übersicherung. Gemeint sind die Fälle, in denen sich ein Kreditgeber vom Kreditnehmer übermäßige Sicherheiten (meist durch Sicherungsübereignung bzw -abtretung, also "unsichtbare" Sicherungsmittel) einräumen läßt, so daß die Gefahr besteht, daß anderen Gläubigern die Grundlagen zur Befriedigung ihrer Forderungen entzogen werden. Für diese Fälle ist allgemein anerkannt, daß Sittenwidrigkeit dann vorliegt, wenn Sicherungsgeber und -nehmer durch irgendwelche Manipulationen vorsätzlich bezüglich der wirtschaftlichen Verhältnisse des Sicherungsgebers ein falsches Bild erzeugen und damit eine Schädigung anderer Gläubiger bezwecken¹.

bb Sittenwidrigkeit aufgrund objektiver äußerer Umstände (BGHZ 10, 228 ff)

Während die Sittenwidrigkeit in den Fällen, in denen beide Parteien einen verwerflichen Zweck verfolgen, rechtlich relativ leicht zu handhaben ist und "nur" im Prozeß Beweisprobleme aufwirft, sind diejenigen Fallgruppen rechtlich problematisch, in denen das Sittenwidrigkeitsurteil in erster Linie - oder gar ausschließlich - auf objektive äußere Umstände des Rechtsgeschäfts gestützt werden soll, also auf die Umstände bei Vertragsschluß und insbesondere auf die Auswirkungen des Rechtsgeschäfts gegenüber Dritten. Gerade letztere Fälle kommen als Vergleichsmaßstab für den zu untersuchenden Unterhaltsverzicht in Betracht, da auch hier Dritte mittelbar durch die Parteivereinbarung betroffen sein können.

1) Medicus AT Rdn 697;
vgl im übrigen zur Fallgruppe der Gläubigerbenachteiligung die ausführliche Darstellung bei Larenz AT § 22 III a 4.
Zu dieser Fallgruppe gehört auch die beabsichtigte Drittschädigung beim Unterhaltsverzicht, die Subsumtion erfolgt aber erst später.

Anlaß zur Untersuchung einer solchen "objektiven Umstandssittenwidrigkeit" haben insbesondere die Fälle der Gläubigerbenachteiligung geboten. Besonders deutliche Ausprägung hat dabei der Grundsatz des beweglichen Systems in der bis heute grundlegend gebliebenen¹ Entscheidung BGHZ 10, 228 ff gefunden. Dort ging es um die Wirksamkeit der Sicherungsübereignung der den Fuhrpark der Gemeinschuldnerin ausmachenden Fahrzeuge. Die beklagte Bank hatte dieser, nachdem sie bereits Kredite in erheblichem Umfang gewährt hatte, zur Durchführung einer Produktionserweiterung einen erneuten Kredit gewährt und sich unter anderem die Fahrzeuge des Fuhrparks der Gemeinschuldnerin als Sicherheit übereignen lassen. Der Konkursverwalter klagte auf Feststellung der Nichtigkeit dieser Sicherungsübereignung, weil die Gemeinschuldnerin spätestens im Zeitpunkt der Kreditgewährung konkursreif gewesen sei. Der BGH führte aus, ein Sicherungsvertrag, der die Möglichkeit eröffne, daß neue Gläubiger über die Kreditwürdigkeit des Schuldners getäuscht würden und Schaden erlitten, könne "unter Umständen vorwiegend wegen seines objektiven Inhalts sittenwidrig sein"². Derartige Umstände könnten vorliegen, "wenn wegen der besonderen Verhältnisse die Möglichkeit, daß Dritte infolge des Vertrags Schaden leiden, so naheliegend ist, daß die Vertragsschließenden bei der von ihnen nach den Umständen zu verlangenden sorgfältigen Überlegung sich sagen mußten, diese Möglichkeit werde sich mit ziemlicher Sicherheit verwirklichen".

Damit wird auf die Feststellung bestimmter, den guten Sitten zuwiderlaufender Zwecke der Parteien verzichtet und "vorwiegend" auf die unerwünschte Auswirkung des Rechtsgeschäfts, nämlich die naheliegende Gefahr der

1) Vgl die umfangreichen Rspr-Nw bei Serick S. 64 Fn 186.

2) BGH aaO S 233.

Schädigung Dritter abgestellt. In subjektiver Hinsicht hat der BGH Vorsatz der Vertragsschließenden hinsichtlich einer Drittschädigung nicht einmal im Sinne eines dolus eventualis verlangt, sondern unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts¹ angenommen, ein Rechtsgeschäft, das die Möglichkeit setze, daß Dritte getäuscht würden und dadurch Schaden erlitten, verstoße schon dann gegen das Anstands- und Gerechtigkeitsgefühl aller ehrbaren Kaufleute, wenn die Vertragsschließenden sich grob fahrlässig der Erkenntnis verschlossen hätten, daß ein Schaden tatsächlich eintreten werde.

Im Hinblick auf das bewegliche Beurteilungssystem folgerichtig führt der BGH weiter aus, daß die von den Parteien zugrunde gelegten Zwecke und Beweggründe dann an Bedeutung gewinnen, wenn die Wahrscheinlichkeit einer Schädigung Dritter weniger naheliegend erscheine². Aber selbst dann, wenn die Parteien mit dem Sicherungsvertrag den Zweck verfolgten, das Unternehmen des Schuldners wirklich zu sanieren, hält der BGH den Vertrag nur bei einer "nicht allzu naheliegenden" Möglichkeit der Schädigung Dritter für wirksam, wenn die Parteien aufgrund einer "sachkundigen und sorgfältigen Prüfung der Lage des Schuldners und besonders der Geschäftsaussichten" davon überzeugt waren, daß das Sanierungsvorhaben gelingen und eine Schädigung Dritter nicht eintreten werde.

Zwar hat diese Rechtsprechung des BGH auch in der Lehre Zustimmung gefunden³, es ist jedoch in zweierlei Hinsicht Kritik angebracht: Einmal sind die Ausführungen

1) RGZ 143, 49, 51.

2) BGH aaO S. 233, 234.

3) Larenz JurJb 1966/67, 98, 113
Flume § 18 3 aE S. 374
Soergel/Hefermehl § 138 Rdn 145.

des BGH insoweit inkonsequent, als er das Sittenwidrigkeitsurteil zwar "vorwiegend" aus den objektiven Umständen bei Abschluß des Rechtsgeschäfts entnehmen will (und insoweit folgerichtig im Falle geringerer Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Schädigungserfolges die von den Parteien verfolgten Zwecke als "bedeutsamer" ansehen will¹⁾), dann jedoch eine Untersuchung der Beweggründe und Zwecke, die die Parteien im Einzelfall zum Abschluß des Geschäfts veranlaßt haben, völlig unterläßt. Den Parteien wird im Ergebnis also gerade nicht - wie es erklärter Zweck des beweglichen Beurteilungssystems ist - ermöglicht, das stark für eine Sittenwidrigkeit sprechende objektive Element durch Darlegung und Nachweis besonders aner kennenswerten Beweggründe und/oder Zwecke abzuschwächen und dadurch dem Rechtsgeschäft trotz des hohen Grades der Gefahr einer Drittschädigung einen noch mit den guten Sitten vereinbaren Gesamtcharakter zu geben. Konsequenterweise hätte der BGH also, wenn er im Ergebnis die objektive Gefährdung Dritter bereits als so unerträgliche Folge des Rechtsgeschäfts ansieht, daß dieser trotz unter Umständen billigen swerter Beweggründe und Zwecke der Vertragschließenden einen sittenwidrigen Gesamtcharakter erhält, dies klar zum Ausdruck bringen müssen und nicht von einer nur "vorwiegenden" Bedeutung der objektiven Merkmale sprechen dürfen. Insoweit nimmt Serick²⁾, der diese Rechtsprechung im Ergebnis ablehnt, zutreffend an, daß selbst bei hoher Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts bei einem Dritten und Kenntnis bzw grob fahrlässiger Nichtkenntnis dieses Umstandes eine Sicherungsübereignung nicht ohne Würdigung der Beweggründe und Zwecke der Parteien als sittenwidrig bezeichnet werden könne. Zum anderen ist zu fragen, ob es überhaupt zutreffend ist, im Rahmen

1) BGH aaO S. 233.

2) Serick § 30 VI, 1 ff insbes 3 u. 4.

des § 138 das Sittenwidrigkeitsurteil bei Fällen der sogenannten objektiven Umstandssittenwidrigkeit letztlich entscheidend von dem subjektiven Merkmal der Kenntnis oder grob fahrlässigen Nichtkenntnis der Parteien von diesen Umständen abhängig zu machen.

c Subjektive Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit
gemäß § 138

Damit ist der Fragenkomplex der subjektiven Tatbestandsmerkmale des § 138 angesprochen, zu dem zunächst der Meinungsstand kurz dargestellt sei.

aa Fälle der Inhaltssittenwidrigkeit

Auch auf der subjektiven Tatbestandsseite wird in Rechtsprechung und Lehre die Trennung zwischen Inhalts- und Umstandssittenwidrigkeit vollzogen.

Bei der Inhaltssittenwidrigkeit spielen nach herrschender Lehre subjektive Faktoren überhaupt keine Rolle. Danach ist nicht nur ein Bewußtsein der Sittenwidrigkeit, also die zutreffende rechtliche Würdigung des Rechtsgeschäfts als sittenwidrig, entbehrlich; es wird nicht einmal Kenntnis derjenigen Umstände verlangt, die zur Inhaltssittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts führen¹. Demgegenüber verlangten das Reichsgericht² sowie Enneccerus-Nipperdey³ auch in Fällen der Inhaltssittenwidrigkeit beiderseitige Kenntnis der vorwurfsbegründenden Tatumstände. Damit wird jedoch mit dem

-
- 1) Mayer-Maly S. 25 ff, insbes S. 26
Soergel/Hefermehl § 138 Rdn 31
Flume § 18 2 b u. 3
Lindacher AcP 173, 126 ff
Larenz AT § 22 III c, ders JurJb 1966/67 S. 98, 119 f
Erman/Brox § 138 Rdn 36.
- 2) RGZ 97, 253, 255; 140, 184, 190; 160, 52, 58.
- 3) Enneccerus-Nipperdey AT Bd II, § 191 II 2a, S. 1067 ff.

Sittenwidrigkeitsurteil ein persönlicher Vorwurf an die Parteien verbunden, den diese Vorschrift ihrer Bedeutung nach gar nicht aussprechen soll. Die Funktion des § 138, Rechtsgeschäften, die einen für die Rechtsgemeinschaft unerträglichen Inhalt haben, die Wirksamkeit zu versagen, erlaubt es nicht, diese von subjektiven Voraussetzungen abhängig zu machen. Rechtsgeschäfte mit sittenwidrigem Inhalt können nicht bei dem einen Rechtswirkungen entfalten und bei dem anderen nicht.

Daher ist der herrschenden Lehre zuzustimmen, die keinerlei subjektive Voraussetzungen verlangt.

bb Fälle der subjektiven Umstandssittenwidrigkeit

Für den Bereich der sogenannten subjektiven Umstandssittenwidrigkeit stellt sich das Problem zusätzlicher subjektiver Tatbestandsvoraussetzungen nicht, da diese in der Form sittenwidriger Beweggründe oder Zwecke überhaupt erst das Sittenwidrigkeitsurteil begründen, subjektive Tatbestandsvoraussetzungen dieser Fallgruppe also immanent sind. Aus der Voraussetzung, daß der sittenwidrige Zweck oder der sittenwidrige Beweggrund bei beiden Parteien gemeinsam vorliegen muß, folgt zwangsläufig, daß in diesen Fällen die Kenntnis der Motive oder Zwecke des Geschäftspartners immer vorliegt.

cc Fälle der objektiven Umstandssittenwidrigkeit

Zu der Frage, welche subjektiven Voraussetzungen in den Fällen der sogenannten objektiven Umstandssittenwidrigkeit zu verlangen sind, besteht lediglich weit-

gehend¹ Einigkeit darüber, daß ein Bewußtsein der Sittenwidrigkeit nicht zu verlangen ist².

(1) Kenntnis der Umstände (herrschende Meinung)

Rechtsprechung und herrschende Lehre verlangen jedoch im Unterschied zur Inhaltssittenwidrigkeit, daß die Beteiligten diejenigen objektiven äußeren Umstände, die dem Rechtsgeschäft einen sittenwidrigen Gesamtcharakter verleihen, gekannt haben³ oder zumindest grob fahrlässig nicht gekannt haben⁴.

- 1) Ein Bewußtsein der Sittenwidrigkeit wurde allerdings von Enneccerus-Nipperdey aaO S. 1067 verlangt, der gegenüber der hL hinsichtlich der subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 138 eine "Parallelverschiebung" (so Mayer-Maly S. 26) in Richtung zu schärferen subjektiven Anforderungen vornahm.

Ähnlich aus der Rspr:

RGZ 150, 1

BGH NJW 51, 397

BGH NJW 57, 1274.

- 2) So schon RGZ 72, 9; 79, 23;
97, 253, 255;
120, 144, 248;
161, 229, 233;

ebenso die ständige BGH-Rspr:

BGH LM 138 (Ca) Nr. 1 u. 3

BGH WM 76, 289, 291,

ebenso die hL:

Soergel/Hefermehl § 138 Rdn 33 u. 38

Flume § 18 3

Larenz AT § 22 III

Larenz JurJb 1966/67, 98, 120 ff

MK/Mayer-Maly § 138 Rdn 108 f.

- 3) Aus der Rspr:

BGHZ 23, 124, 193 f

BGH LM § 138 (Ca) Nr. 1 u. 3

BGH LM § 73 GmbHG Nr. 1

BGH DB 77, 609.

Aus der Lehre:

Serick § 30 I 2u. § 30 VI 2

Larenz JurJb 1966/67, 98, 128

Pal/Heinrichs § 138 Anm 1 c.

- 4) BGHZ 10, 228, 233

20, 43, 52 unter Hinweis auf die Rspr des RG (RGZ 143, 49, 51).

(2) Mindermeinung: Verzicht auf subjektive Merkmale

Demgegenüber wird insbesondere¹ in neuerer Zeit verschiedentlich die Ansicht vertreten, auch in Fällen objektiver Umstandssittenwidrigkeit sei eine Kenntnis der Umstände nicht zu verlangen, womit subjektive Elemente bei § 138 nur in Fällen der subjektiven Umstandssittenwidrigkeit eine Rolle spielen.

So hält Hefermehl² die Differenzierung im subjektiven Bereich danach, ob sich die Sittenwidrigkeit aus dem Inhalt oder aus den äußeren Umständen des Rechtsgeschäfts ergebe, für sachwidrig.

Auch Mayer-Maly³ wirft der herrschenden Meinung eine gewisse Inkonsistenz vor, da sie für die Fälle der objektiven Umstandssittenwidrigkeit durch Aufstellen subjektiver Tatbestandsvoraussetzungen an der Lehre vom Vorwurfscharakter des § 138 festhalte. Konsequenterweise müsse dann - mit Nipperdey - für jede Art von Sittenwidrigkeit ein subjektiver Tatbestand gefordert werden. Es sei jedoch verfehlt, die Bewertung eines Rechtsgeschäfts als "umstandssittenwidrig" durch Aufstellen subjektiver Erfordernisse mit einem Vorwurf gegen die Vertragsparteien zu verbinden, während bei der "viel massiveren"⁴ Inhaltssittenwidrigkeit das Sittenwidrigkeitsurteil wegen Fehlens der subjektiven Seite ohne Vorwurf gegen die Parteien ausgesprochen werde.

Auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung fand die Forderung nach einer Objektivierung des § 138 verschiedentlich Widerhall.

1) Ähnliche Ansätze aber schon bei Oertmann § 138 Anm B 1 a u. c, der annahm, es komme nicht darauf an, ob "die Moralwidrigkeit des Geschäfts den Parteien bekannt oder auch nur erkennbar war", die objektive Einschätzung des Geschäfts hänge davon in keiner Weise ab.

2) Soergel/Hefermehl § 138 Rdn 38 aE.

3) Mayer-Maly S. 26.

4) So Mayer-Maly S. 26.

So führte der BGH bereits im Jahre 1968¹ unter Hinweis auf die Stellungnahme von Esser² zur Frage der Wirksamkeit schematisierter Massengeschäfte, die durch Formularverträge und Allgemeine Geschäftsbedingungen ausgeformt werden³, aus, es sei erwägenswert, "ihre Wirksamkeit im Bereich des § 138 allein an objektiven Kriterien zu messen". Eine solche Differenzierung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 138 je nach Art des Rechtsgeschäfts verbietet sich allerdings schon allein aus der Schwierigkeit einer hinreichend scharfen Abgrenzung der Massengeschäfte von "Individual-Geschäften"⁴; im übrigen ist auch nicht einzusehen, daß an die Wirksamkeit von Einzelgeschäften strengere Voraussetzungen gestellt werden als an die von Massengeschäften.

Wichtiger ist jedoch, daß der BGH - wie Mayer-Maly anhand zahlreicher Urteile nachgewiesen hat⁵ - unter "offizieller" Beibehaltung eines subjektiven Moments in den Voraussetzungen des § 138 das Sittenwidrigkeitssurteil im Ergebnis schon seit langem aus rein objektiven Gegebenheiten des Rechtsgeschäfts herleitet, indem er aus einem besonders ausgeprägten Leistungsmißverhältnis oder aus sonstigen Umständen des Einzelfalls unwiderleglich auf die Verwirklichung des geforderten subjektiven Tatbestandes der Sittenwidrigkeit schließt⁶.

1) BGH NJW 69, 318, 320.

2) Esser JZ 68, 529 (Anm zu BGH JZ 68, 527).

3) Im entschiedenen Fall ging es um die Wirksamkeit von AGBs der kreditgewährenden Bank; im Ergebnis sah der BGH von einer grds Stellungnahme ab.

4) So auch Mayer-Maly S. 34.

5) Mayer-Maly S. 30 f.

6) So etwa in
BGH WM 69, 1255, 1257
BGH WM 76, 322
BGH DB 76, 2106;
ebenso KG BB 74, 1505.

Eine im Ergebnis ähnlich verobjektivierte Sicht des § 138 bringt die von der Rechtsprechung als ausreichend anerkannte Fahrlässigkeit der Nichtkenntnis der Tatumstände mit sich. Insoweit begegnet man seit einer späten Entscheidung des Reichsgerichts¹ häufig der Formel, daß die für § 138 erforderliche verwerfliche Gesinnung in einem "böswilligen oder grob fahrlässigen Sichverschließen vor der Erkenntnis der mißlichen Lage des anderen Teils" bestehen könne². Diese gängige Formel vom "Sichverschließen" kommt im Ergebnis einer Objektivierung des Sittenwidrigkeitstatbestandes des § 138 ebenso nahe wie etwa ein Rückschluß von einem auffälligen Leistungsmißverhältnis auf die dem Rechtsgeschäft zugrunde liegende Gesinnung. Trotz der letztlich vielfach gleichen Ergebnisse im Einzelfall ist eine Wertung der Ansichten geboten.

(3) Wertung

Die Problematik der subjektiven Voraussetzungen des § 138 kann letztlich nur unter Beachtung der Funktion der Vorschrift gelöst werden:

Zum Teil wird § 138 ein Vorwurfscharakter beigelegt³.

1) RGZ 161, 52, 60.

2) So etwa BGH NJW 51, 397
WM 64, 248
BB 66, 678
DB 69, 2083.

3) Vertreter der Lehre vom Vorwurfscharakter sind insbes:
Enneccerus-Nipperdey AT § 191 II 2, S. 1067 f
Serick S. 9
Westermann S. 28 f.

Die Rechtsprechung verwendet vielfach den Begriff der verwerflichen Gesinnung, vgl nur BGHZ 32, 361, 366: "§ 138 ist nur anwendbar, wenn die am Rechtsgeschäft Beteiligten auch subjektiv in zu mißbilliger Gesinnung handeln, wenn ihnen ihre persönliche Einstellung zum Vorwurf gemacht werden muß".

So sagte etwa Westermann¹, eine nur objektive Bestimmung der Sittenwidrigkeit würde den "Vorwurfscharakter des § 138 verkennen". Ähnlich nahm Hefermehl² an, die Feststellung, daß ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliege, enthalte meist zugleich einen Vorwurf gegen die Parteien.

Ein solcher Vorwurfscharakter kann der Rechtsfolge des § 138 jedoch nicht entnommen werden. Diese erschöpft sich vielmehr darin, bestimmten rechtsgeschäftlichen Regelungen, die von der Rechtsordnung nicht gebilligt werden können, die Geltung vorzuenthalten³. Insoweit ist Lindacher⁴ zuzustimmen, der neben dem Abschreckungszweck⁵ des § 138 dessen Funktion vor allem in dem "Gebot der Selbstachtung des Rechts" sieht. Damit ist gemeint, daß die Rechtsordnung es sich nicht leisten kann, Rechtsgeschäfte für gültig zu erklären (zu "validieren"), die Werte negieren, deren Verwirklichung ihr nach der Rechtsüberzeugung aller billig und gerecht Denkenden⁶ aufgegeben ist. Daß es sich die Rechtsordnung genauso wenig leisten kann, Geltung oder Nichtgeltung eines Rechtsgeschäfts durch Erforschung eines Sittenwidrigkeitsbewußtseins von der Rechtsüberzeugung der daran Beteiligten abhängig zu machen, wird von der ganz herrschenden Meinung richtig erkannt. Dies käme auch letztlich einer "Belohnung" derjenigen gleich,

1) Westermann S. 29.

2) In Soergel/Siebert, 10. Aufl § 138 Rdn 24, 25.

3) Auch Larenz JurJb 1966/67, 120, der im Ergebnis der hM folgt, erkennt, daß es in § 138 nicht um Strafe oder Schadensersatz geht, sondern allein um die "Grenzen unzulässiger privatautonomer Rechtsetzung".

4) Lindacher AcP 173, S. 124, 125.

5) Zur Abschreckungsfunktion siehe schon oben S. 81.

6) Diese ist nicht denknotwendig kongruent mit der "herrschenden" Rechtsüberzeugung, die Lindacher (aaO S. 125/126) als Maßstab verwendet.

die eine zu gleichgültige Einstellung zur Rechtsordnung haben. Ebenso wenig kann es jedoch auf dem Boden des beschriebenen Verständnisses des § 138 auf eine Kenntnis der Parteien von bestimmten Gegebenheiten ankommen. Die Kenntnis bestimmter Tatumsstände kann als Voraussetzung für die Möglichkeit einer rechtlichen Würdigung seitens der Parteien (hier der richtigen Subsumtion des Rechtsgeschäfts als sittenwidrig) nur dort zu Bedeutung gelangen, wo ihr Verhalten eine Rolle spielt. Das ist bei § 138 jedoch gerade nicht der Fall.

Im Ergebnis ist damit in den Fällen, in denen das Rechtsgeschäft aufgrund der Umstände bei seinem Abschluß oder insbesondere aufgrund seiner Auswirkungen gegenüber Außenstehenden für die Rechtsordnung nicht tragbar ist, eine Kenntnis dieser Umstände oder Auswirkungen seitens der Parteien nicht zu verlangen¹. Demgegenüber ist der - letztlich vielfach zu einem richtigen Ergebnis führende - Lösungsweg über einen Rückschluß von objektiven Umständen auf die Verwirklichung subjektiver Voraussetzungen abzulehnen. Wegen der Komplexität der Entscheidungssituation bei Abschluß eines Rechtsgeschäfts erscheint ein Rückschluß auf bestimmte Zwecke oder Motive der Parteien - ebenso wie eine Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises - zu einer sachgerechten Lösung wenig tauglich.

Als Konsequenz für die Beurteilung der Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts muß danach im Hinblick auf das bewegliche Beurteilungssystem gelten, daß in der abschließenden Würdigung neben den Beweggründen und Zwecken der Parteien die äußeren Umstände des Rechtsgeschäfts berücksichtigt werden müssen, es jedoch unerheblich ist, ob die Parteien diese kannten. Hier

1) So auch im Ergebnis Lindacher aaO S. 127.

kann im Rahmen der abschließenden Beurteilung des Gesamtcharakters des Rechtsgeschäfts eine besonders anerkennenswerte Motivation oder Zweckverfolgung der Parteien gegebenenfalls bewirken, daß ein Rechtsgeschäft, das nach seinen objektiven äußeren Umständen "sittenwidrig" ist und daher aus Gründen der Selbstachtung des Rechts keine Geltung haben kann, trotz der an sich nicht anerkennenswerten Wirkung salviert¹ wird.

d Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung als sittenwidrig

Der für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts maßgebende Zeitpunkt ist nach herrschender Meinung grundsätzlich der der Vornahme des Rechtsgeschäfts². Eine spätere Veränderung der tatsächlichen Umstände ist danach unerheblich³; gleiches soll für die Änderung der Rechtsauffassung über die guten Sitten gelten⁴.

Dabei wird vielfach die Problematik in einem Zeitablauf zwischen der Vornahme des Rechtsgeschäfts und seiner richterlichen Überprüfung gesehen. Da § 138, wie oben gezeigt, die Privatautonomie begrenzt, muß die Beurteilung der Sittengemäßheit sich am Zeitpunkt

1) So im Ergebnis auch Lindacher aaO S. 127.

2) BGHZ 7, 111
BGH LM § 138 (Cd) Nr 11
BGH DB 79, 157
Pal/Heinrichs § 138 Anm 1 d
Flume § 18 6
Larenz AT § 22 III c
Soergel/Hefermehl § 138 Rdn 40
Medicus AT Rdn 691
zustimmend MK/Mayer-Maly § 138 Rdn 111 für die Ablehnung rückwirkender Sittenwidrigkeit.

3) Staud/Dilcher § 138 Rdn 18
Soergel/Hefermehl § 138 Rdn 40.

4) Vgl zunächst die Nw oben Fn 2, ebenso
Brox AT Rdn 286
aa Lange AT 15. Aufl § 53 I 3 c.

der Vornahme des Rechtsgeschäfts orientieren. Ein zu diesem Zeitpunkt sittenwidriger Vertrag kann nicht etwa dadurch wirksam werden, daß sich bis zum Zeitpunkt seiner gerichtlichen Überprüfung das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zu einer lockeren Einstellung hin gewandelt hat. Ebenso wenig kann durch eine Veränderung der Umstände (zB des allgemeinen Zinsniveaus infolge von Veränderungen der Wirtschaftslage¹⁾ ein wirksames Rechtsgeschäft "rückwirkend" sittenwidrig werden. Eine andere Sicht würde zu einer unerträglichen Rechtsunsicherheit führen, weil das Urteil über die Wirksamkeit des Geschäfts zunächst noch in der Schwebe bliebe²⁾. So könnte etwa ein Darlehensvertrag bei Wandel des Zinsniveaus in bestimmten Zeitabschnitten wirksam, in anderen unwirksam sein.

Diese Grundsätze sollen uneingeschränkt nur bei bereits abgewickelten Rechtsgeschäften gelten. Es gibt jedoch Fallgestaltungen, in denen zu dem Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts und dem seiner richterlichen Überprüfung als dritter möglicherweise relevanter Zeitpunkt der der "Durchführung" des Rechtsgeschäfts hinzutritt.

Hier ist in erster Linie an die Erfüllung verpflichtender Rechtsgeschäfte zu denken. In den Fällen, in denen ein Rechtsgeschäft wirksam abgeschlossen ist, sich die tatsächlichen Verhältnisse oder die Moralauffassungen aber so geändert haben, daß es im Zeitpunkt seiner Erfüllung als sittenwidrig anzusehen wäre,

1) So lag es etwa im Fall RG JW 36, 2129. Dort ging es um die Beurteilung eines im Jahre 1924 gewährten Darlehns zu dem zu diesem Zeitpunkt nicht gegen die guten Sitten verstoßenden Zinssatz von 36 %; in der Folgezeit sank das allgemeine Zinsniveau jedoch drastisch.

2) Medicus AT Rdn 691.

wird nach ganz herrschender Meinung¹ zwar das Rechtsgeschäft nicht "rückwirkend" nichtig, wohl aber steht dem Erfüllungsanspruch der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegen.

Streitig ist demgegenüber die Behandlung des umgekehrten Falles, daß das Rechtsgeschäft bei seiner Vornahme sittenwidrig war, jedoch bei Eintritt des Rechtserfolges aufgrund einer Wandlung der Umstände oder der Moralauffassung als mit den guten Sitten vereinbar anzusehen wäre².

aa Unterhaltsverzichte nach rechtskräftiger Scheidung

Bei Unterhaltsverzichten ist der richtige Beurteilungszeitpunkt unproblematisch feststellbar, soweit die Vereinbarung nach rechtskräftiger Scheidung getroffen wurde. Dies ergibt sich aus dem verfügenden Charakter des Unterhaltsverzichts, der zu diesem Zeitpunkt als Erlaßvertrag gemäß § 397 Abs 1 anzusehen ist³. Der Verzicht bedarf keiner Erfüllung mehr; auch wirkt er sich unmittelbar durch Erlöschen des bereits bestehenden Unterhaltsstammrechts aus, womit auch der Anspruch auf Zahlung monatlicher Geldrenten mit Jetzt-Wirkung erlischt.

bb Unterhaltsverzichte vor rechtskräftiger Scheidung

Wie oben gezeigt wurde, haben auch während bestehender Ehe oder gar vor Eheschließung vereinbarte Unterhaltsverzichte, mit denen die §§ 1569 ff abbedungen werden⁴,

1) BGH WM 83, 952
Soergel/Hefermehl § 138 Rdn 41 u. insbes Rdn 66 mwNw
Erman/Brox § 138 Rdn 51
Larenz AT § 22 III c
Pal/Heinrichs § 138 Anm 1 d
so wohl auch Flume § 18 6.

2) Siehe dazu Flume § 18 6.

3) Siehe oben S. 7 ff.

4) Siehe oben S. 13 ff.

verfügende Wirkung. Auch sie können daher nicht mehr "durchgeführt" werden. Ihre Rechtswirkung besteht darin, daß mit Abschluß des Verzichts die §§ 1569 ff zwischen den Ehegatten nicht mehr gelten.

Eine andere Beurteilung könnte jedoch bei Unterhaltsverzichten geboten sein, die die Ehegatten ausdrücklich nur "für den Fall der Scheidung" geschlossen haben, wenn es sich hierbei um einen aufschiebend bedingt vereinbarten Unterhaltsverzicht handelt. In diesem Falle träte die verfügende Wirkung des Verzichts erst mit dem Eintritt der Bedingung, also mit der Scheidung ein (§ 158 Abs 1). Daher fragt sich, ob von den Parteien ein aufschiebend bedingter Vertrag iSd § 158 Abs 1 gewollt ist oder ein unbedingt geschlossener Vertrag vorliegt, der allerdings erst im Falle einer rechtskräftigen Scheidung Auswirkungen haben kann¹.

Typisches Merkmal einer rechtsgeschäftlichen Bedingung iSd § 158 ist, daß die Vertragsparteien den Eintritt der Wirkung des Rechtsgeschäfts von einem Umstand abhängig machen, der ohne die Vereinbarung auf das Wirksamwerden des Rechtsgeschäfts keinen Einfluß hätte, das heißt die Parteien fügen den gesetzlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen weitere von ihnen zusätzlich verlangte Voraussetzungen hinzu, so daß sie es in der Hand haben, durch Abänderung des Vertragsinhalts die von ihnen gesetzte Bedingung als eingetreten zu betrachten oder für entbehrlich zu erklären². Danach ist ein Verzicht auf nachehelichen Unterhalt "für den Fall der Scheidung" nicht bedingt iSd § 158 abgeschlossen, denn die "Bedingung" ist nur die Wiederholung einer der Entstehungsvoraussetzungen des Anspruchs auf Geschiedenenunterhalt. Dieser kann ohnehin - ohne daß die Parteien

-
- 1) Auch nach einer Scheidung hat der Verzicht nicht zwangsläufig Auswirkungen, sondern nur dann, wenn ohne diesen Unterhalt geschuldet wäre.
 - 2) So MK/Westermann § 158 Rdn 52 zur Verdeutlichung des Unterschiedes zur Rechtsbedingung, ebenso Egert S. 48.

dies in ihre Vereinbarung aufnehmen müßten - nur im Falle einer rechtskräftigen Scheidung entstehen. Diese Voraussetzung unterliegt nicht der Disponibilität der Ehegatten, so daß selbst dann, wenn die Ehegatten den Unterhaltsverzicht nur "für den Fall der Scheidung" vereinbaren, eine unbedingte Verfügung über den nahehe-lichen Unterhalt vorliegt¹.

Ebensowenig liegt eine sogenannte Rechtsbedingung (conditio juris) vor, die als gesetzliche Wirksamkeitsvor-aussetzung eines Rechtsgeschäfts zu verstehen ist².

Die Wirksamkeit eines Unterhaltsverzichts ist nämlich nicht vom Vorliegen einer rechtskräftigen Scheidung ab-hängig.

Ob der Verzicht als "abgewickelter" Geschäft angesehen werden kann, bleibt jedoch trotz seines unbedingten Ab-schlusses deshalb fraglich, weil die Verfügung erst im Falle einer Scheidung - also einem bei Abschluß des Verzichts oft noch ungewissen zukünftigen Ereignis - und zudem nur bei Vorliegen der Anspruchsvoraussetzun-gen der §§ 1569 ff tatsächliche Wirkungen nach sich zieht.

Eine ausdrückliche Erwähnung der Problematik des für die Sittenwidrigkeitsbeurteilung von Unterhaltsverzicht-ten maßgeblichen Zeitpunkts findet sich lediglich in einer Entscheidung des OLG Frankfurt/M³, das den Zeit-punkt des Verzichtsabschlusses für ausschlaggebend

-
- 1) Anders liegt es dagegen, wenn der Verzicht an eine andere Bedingung, zB daran gebunden ist, daß der Bedürftige nicht in Not gerät. Derartige Verzichte "mit Ausnahme des Falles der Not" sind unter die auflösende Bedingung (§ 158 Abs 2) gestellt, daß der berechnigte Ehegatte nicht in wirtschaftliche Not gerät; dazu näher Göppinger FamRZ 70, 222.
 - 2) MK/Westermann § 158 Rdn 52
Staud/Dilcher vor § 158 Rdn 20
RGRK/Steffen vor § 158 Rdn 8.
 - 3) OLG Frankfurt/M FamRZ 84, 486.

hält. Dennoch erscheint diese Frage erörterenswert, denn es kann nicht ausgeschlossen werden, daß der Unterhaltsverzicht im Zeitpunkt seines Abschlusses anders zu beurteilen wäre als im Zeitpunkt der Scheidung, also dem Zeitpunkt, in dem sich der Verzicht frühestens tatsächlich auswirken kann. Zwischen beiden Zeitpunkten können uU viele Jahre liegen. Grund für eine unterschiedliche Beurteilung kann einmal eine Änderung der herrschenden Moralauffassungen sein, zum anderen eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse.

Da sich ein Wandel der herrschenden Moralvorstellungen nur über einen verhältnismäßig langen Zeitraum vollziehen kann, beschränkt sich die Problematik auf die Behandlung eines Wandels der tatsächlichen Verhältnisse zwischen Abschluß des Unterhaltsverzichts und Eintritt seiner tatsächlichen Auswirkungen.

Ist den Ehegatten ausnahmsweise eine Schädigungsabsicht bei Verzichtsabschluß nachzuweisen, bleibt der Verzicht aber dennoch wegen einer unvorhergesehenen Änderung der Verhältnisse ohne tatsächliche Wirkung¹, so bleibt der Verzicht als bloßer "Versuch" eines sittenwidrigen Rechtsgeschäfts² ohne Bedeutung, da er sich auf ein gar nicht bestehendes Recht bezieht.

Ein Wandel der tatsächlichen Verhältnisse kann sich daher allenfalls in den Fällen auf die Sittenwidrigkeitsbeurteilung auswirken, in denen sich die Sittenwidrigkeit hauptsächlich aus unerwünschten Belastungen Dritter ergibt. Hier können Veränderungen der tatsächlichen Umstände zwischen Abschluß des Unterhaltsverzichts und

1) Dies ist etwa in den Fällen denkbar, in denen die Ehegatten den voraussichtlich unterhaltspflichtigen Ehemann zu Lasten Dritter von einer Unterhaltspflicht befreien wollten, dieser jedoch bei Scheidung infolge zwischenzeitlichen Arbeitsplatzverlustes gar nicht mehr leistungsfähig iSd § 1581 ist.

2) Dazu Flume § 18 3.

Rechtskraft der Scheidung in zweierlei Hinsicht relevant werden: Zum einen ist der Fall denkbar, daß bei Verzichtsabschluß die Gefährdung Dritter in hohem Maße drohte, die Gefahr jedoch bis zum Zeitpunkt der Scheidung entfallen ist¹. Umgekehrt kann bei Verzichtsabschluß die Beeinträchtigung der Vermögensinteressen Dritter nahezu ausgeschlossen erscheinen, dennoch muß sich der an sich Berechtigte nach Scheidung aufgrund des Verzichts an Dritte wenden².

In diesen Fällen kann fraglich sein, ob sich die Veränderung der Verhältnisse seit Verzichtsabschluß auf die Sittenwidrigkeitsbeurteilung auswirkt: Soll im ersten Falle der Verzicht, der als sittenwidrig anzusehen wäre, wenn die Scheidung unmittelbar nach Verzichtsabschluß erfolgte³, wegen Zeitablaufs gültig sein, weil er jetzt keine unerwünschten Folgen mehr entfaltet? Soll andererseits der Verzicht, gegen dessen Wirksamkeit bei Abschluß keine Bedenken bestanden, deshalb nichtig sein, weil er im Zeitpunkt der Scheidung, an die möglicherweise bei Abschluß noch gar nicht gedacht wurde und die erst Jahre später erfolgt, unerwünschte Auswirkungen auf die Vermögensinteressen Dritter hat?

Während diese Problematik im Zusammenhang mit Unterhaltsverzichteten lediglich vom OLG Frankfurt/M⁴ angesprochen wurde, wird die Frage nach dem richtigen Beurteilungszeitpunkt für die Überprüfung der Sitten-

-
- 1) So läge es etwa, wenn die vorausgesehene Leistungsfähigkeit des einen Ehegatten "überraschend" weggefallen ist - zB infolge Arbeitslosigkeit - oder ein vorausgesetzter Unterhaltstatbestand "überraschend" fortgefallen ist, zB, weil das zu pflegende Kind bei einem Unfall ums Leben kam.
 - 2) So etwa, weil die berufstätige Ehefrau überraschend ihren Arbeitsplatz verloren hat und daher zur eigenen Unterhaltung nicht in der Lage ist.
 - 3) Dieses Ergebnis wird hier unterstellt, nähere Prüfung erfolgt unten.
 - 4) OLG Frankfurt/M FamRZ 84, 486.

gemäßheit eines Rechtsgeschäfts bei Verfügungen von Todes wegen viel diskutiert und im Ergebnis nicht einheitlich beantwortet.

Mit Verfügungen von Todes wegen - seien es letztwillige Verfügungen oder Erbverträge - könnten Unterhaltsverzicht vor Entstehen der Unterhaltsschuld deshalb verglichen werden, weil hier wie dort das Rechtsgeschäft erst nach seiner Vornahme tatsächliche Folgen hat. Ein anschauliches Beispiel für die Problematik bietet das Geliebtentestament: Setzt der Erblasser seine Geliebte ausschließlich zur Belohnung oder Aufrechterhaltung des ehebrecherischen Verhältnisses als Alleinerbin ein, so verstößt diese Verfügung von Todes wegen nach den oben¹ dargestellten Grundsätzen gegen § 138. Heiratet der Erblasser später seine Geliebte, so liegt bei seinem Tod, also dem Zeitpunkt, zu dem die letztwillige Verfügung ihre Wirkung entfaltet, kein Grund mehr vor, die Erbeinsetzung als sittenwidrig anzusehen. Der Grund für die Unwirksamkeit der Erbeinsetzung ist also zwischenzeitlich weggefallen. Nach dieser Veränderung der Umstände hätte der Testator die Verfügung sehr wohl treffen dürfen.

Die Beurteilung dieser Fallkonstellation ist umstritten: Das RG², dem teilweise auch heute noch gefolgt wird³, nahm an, für die Wirksamkeit der Erbeinsetzung sei der Zeitpunkt des Erbfalles ausschlaggebend. Dem-

1) Vgl dazu oben S. 88 ff .

2) RG DR 43, 91, 95
DR 44, 494, 495.

3) Erman/Brox § 138 Rdn 52
Medicus AT Rdn 692
Flume § 18, 6
Brox AT Rdn 286
V. Lübtow § 8 A II aE (S. 312).

gegenüber stellt der BGH¹ mit einem Teil der Lehre² auf den Zeitpunkt der Errichtung des Testaments ab und hält die Erbeinsetzung damit für unwirksam. Der BGH verlangt hier mit der Begründung, es müsse vom Testator "im Interesse der sittlichen Ordnung und der Rechtssicherheit erwartet werden, daß er ... eindeutig von seiner früheren unsittlichen Einstellung abrückt", eine erneute Errichtung des Testaments³. Dem ist von Flume⁴ entgegengehalten worden, der BGH stelle unzulässigerweise auf die Gesinnung⁵ des Erblassers ab und urteile damit über die Sittlichkeit des rechtsgeschäftlichen Handelns und der Person des rechtsgeschäftlich Handelnden. Auch der in § 2171 für das Vermächtnis zum Ausdruck kommende Gedanke, daß für dessen Wirksamkeit auf den Zeitpunkt des Erfalles abzustellen ist, spricht gegen den BGH⁶.

Nach alledem spricht einiges dafür, bei Testamenten die seit Vornahme des Rechtsgeschäfts eingetretenen Veränderungen der Umstände zu berücksichtigen. Eine endgültige Entscheidung dieser Frage kann jedoch unterbleiben, da der Fall des Unterhaltsverzichts mit letztwil-

-
- 1) Ständige Rspr seit BGHZ 20, 71 = FamRZ 56, 150; seitdem BGH FamRZ 69, 323.
Ebenso: KG FamRZ 67, 226, 227
KG FamRZ 77, 269, 270.
Zuvor schon die RG-Rspr ablehnend
OLG Celle NJW 56, 265.
 - 2) RGRK/Krüger-Nieland § 138 Rdn 24
Pal/Edenhofer § 2077 Anm 1 A b aa.
 - 3) BGHZ 20, 71 ff.
 - 4) Flume § 18, 6 (S. 379).
 - 5) In BGHZ 20, 73/74 heißt es: "Der entscheidende Grund für die Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Verfügung liegt in der darin zum Ausdruck kommenden und eine Verwirklichung erstrebenden Gesinnung des Erblassers, also in seinen ihn bei der Errichtung der Verfügung bestimmenden Beweggründen, sowie den dabei von ihm gehegten Vorstellungen über den Zweck und die Auswirkungen seiner letztwilligen Anordnung".
 - 6) Im Hinblick hierauf hält auch v. Lübtow § 8 A II aE (S. 312) den Zeitpunkt des Erfalles für maßgeblich.

ligen Verfügungen nicht vergleichbar ist. Die Besonderheit der letztwilligen Verfügung liegt nämlich darin, daß sie regelmäßig noch bis zum Erbfall einseitig frei widerrufen werden kann, sie für den Erblasser also nicht bindend ist. Ihre endgültige Wirksamkeit erhält sie daher erst mit dem Erbfall. Demgegenüber sind gegenseitige Verträge für die Vertragsparteien bindend. Daher gelten die oben dargestellten Besonderheiten auch im Bereich der Verfügungen von Todes wegen dann nicht, wenn sie, wie es beim Erbvertrag der Fall ist¹, für den Erblasser bindende Wirkung haben. Gleiches muß für den gegenseitigen Vertrag des Unterhaltsverzichts gelten, so daß im Ergebnis an der Regel festzuhalten ist, daß dessen Wirksamkeit nach den Umständen im Zeitpunkt seines Abschlusses zu beurteilen ist.

3 Ergebnis zu § 138

Als Ergebnis der Untersuchung des Tatbestandes des § 138 ist bezüglich der für den Unterhaltsverzicht ausschließlich in Betracht kommenden Fallgruppe der Umstandssittenwidrigkeit folgendes festzuhalten:

1.) Eine Umstandssittenwidrigkeit kann sich immer nur aus einer Gesamtwürdigung aller objektiven und subjektiven Umstände bei Abschluß des Geschäfts ergeben, wobei eine spätere Veränderung der Verhältnisse nicht zu berücksichtigen ist. Dabei können einzelne Umstände ein solches Gewicht haben, daß sie ein fehlendes Element durch ein besonders stark ausgeprägt vorhandenes Element ersetzen können (sogenanntes bewegliches Beurteilungssystem).

2.) Von beiden Parteien gemeinsam zugrunde gelegte Be-

1) Diese Unterscheidung trifft auch Flume § 18, 6 (S. 379).

weggründe oder gemeinsam verfolgte Zwecke können, wenn diese dem Rechtsempfinden besonders stark ausgeprägt zuwiderlaufen, das Rechtsgeschäft seinem Gesamtcharakter nach als sittenwidrig erscheinen lassen.

3.) Bringt ein Rechtsgeschäft die besonders stark ausgeprägte Gefahr mit sich, daß Dritte geschädigt werden, so kann dieser objektive Umstand allein - unabhängig von der Kenntnis der Parteien - das Rechtsgeschäft noch nicht als sittenwidrig erscheinen lassen, bevor nicht überprüft ist, ob dieser mißachtenswerte Erfolg nicht ausnahmsweise durch aner kennenswerte Beweggründe oder Zwecke der Parteien "salviert" wird.

D Übertragung der allgemeinen Grundsätze zu § 138 auf den Fall des Unterhaltsverzichts

Im folgenden sind die oben dargestellten allgemeinen Grundsätze zu § 138 auf den Fall des Unterhaltsverzichts zu übertragen. Dabei ist jedoch zu beachten, daß es "den" Unterhaltsverzicht nicht gibt. Die abschließende Beurteilung eines Unterhaltsverzichts kann nur unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls, insbesondere des Zeitpunkts seines Abschlusses und der persönlichen und wirtschaftlichen Situation der Vertragsschließenden erfolgen. Ziel dieser Untersuchung kann daher nur sein, zum einen Grundsätze herauszuarbeiten, die für einen möglichst großen Teil der zu entscheidenden Einzelfälle Gültigkeit haben, zum anderen soll aber auch versucht werden, durch die Bildung differenzierter Fallgruppen, in denen besonders häufig vorkommende Fallkonstellationen zusammengefaßt werden, differenzierte Beurteilungsvorschläge für einen möglichst großen Kreis denkbarer Fälle anzubieten.

Zunächst soll die rechtlich unproblematischere Gruppe der Fälle angesprochen werden, in der den Ehegatten die Absicht nachgewiesen werden kann, daß sie den Unter-

haltsverzicht hauptsächlich oder gar ausschließlich zu dem Zweck geschlossen haben, die möglicherweise entstehende (oder - bei Verzichten nach rechtskräftiger Scheidung - schon entstandene) Unterhaltslast auf Dritte abzuwälzen. Danach soll im Hinblick auf Schwierigkeiten beim Nachweis innerer Tatsachen untersucht werden, ob Fallkonstellationen denkbar sind, in denen auf die Feststellung einer solchen Schädigungsabsicht verzichtet werden kann oder deren Nachweis mit den prozessualen Hilfsmitteln des Anscheinsbeweises oder des Rückschlusses erleichtert ist.

I Schädigungsabsicht der Ehegatten als Hauptzweck des Unterhaltsverzichts

Soweit die Rechtsprechung die Sittenwidrigkeit von Unterhaltsverzichten im Rahmen von Rückgriffsklagen zu beurteilen hatte, nahm sie diese jedenfalls immer dann an, wenn den Ehegatten eine Schädigungsabsicht als alleiniges Motiv für den Abschluß des Unterhaltsverzichts nachgewiesen werden konnte¹. Kontroversen ergaben sich immer nur bei der Frage, ob auch geringere subjektive Voraussetzungen das Sittenwidrigkeitsurteil begründen könnten.

In den Fällen der Nachweisbarkeit einer Schädigungsabsicht fragt es sich zunächst, ob weitere Beweggründe oder Zwecke, die als solche billigenswert erscheinen², dem Geschäft seinen sittenwidrigen Gesamtcharakter nehmen können. Insoweit kommt es entscheidend auf das Ge-

1) Nachweise siehe oben S.59 und 67f.

2) Zu denken wäre etwa an den Wunsch des Bedürftigen, den geschiedenen Ehegatten, für den die gesetzliche Unterhaltspflicht eine einschneidende wirtschaftliche Einengung bedeuten würde, zugunsten wohlhabender Verwandter zu schonen. Zu den für einen Unterhaltsverzicht in Betracht kommenden Motiven und Zwecken der Ehegatten vgl. näher unten S. 133 ff.

wicht dieser hinzutretenden subjektiven Elemente an. Die Anforderungen an § 138 würden überspannt, wollte man eine Schädigungsabsicht als ausschließlichen Grund für den Abschluß des Verzichts verlangen. Eine Sittenwidrigkeit wird vielmehr schon dann angenommen werden müssen, wenn der Nachweis gelingt, daß die Absicht der Drittschädigung der die Parteien letztlich treibende Haupt-Anlaß für den Verzichtsabschluß war¹. Andernfalls würde sich im Ergebnis auch kaum jemals Sittenwidrigkeit aufgrund einer Schädigungsabsicht feststellen lassen, da in einer komplexen Entscheidungssituation wie der des Abschlusses eines Unterhaltsverzichts der Entschluß der Parteien häufig durch weitere subjektive Elemente untergeordneter Bedeutung mitgetragen werden wird. Dieses Verständnis wird durch die zu anderen Rechtsfragen, bei denen der Nachweis einer Schädigungsabsicht eine Rolle spielt, vertretenen Auffassungen bestätigt: So ist etwa zu § 3 Abs 1 Ziff 1 AnfG, der Absicht einer Gläubigerbenachteiligung verlangt, anerkannt, daß die Benachteiligung nicht ausschließliches Motiv des Handelns zu sein braucht².

Dritte in diesem Sinne können jedoch nur potentiell Zahlungspflichtige sein, nicht dagegen unbenannte, zufällig hilfsbereite Dritte, die aus rein altruistischen Zwecken Hilfe leisten würden. Als Dritte kommen daher in erster Linie unterhaltspflichtige Verwandte (§§ 1601 ff) und die Sozialhilfeträger in

1) So auch die hM zu § 72 EheG aF und die überwiegende Ansicht zu § 1585 c, vgl im einzelnen dazu die Nw oben S. 59 ff u 67 f .

2) Dazu Böhle-Stammschräder-Kilger § 3 Anm I 5.

Betracht¹.

1 Schädigung unterhaltspflichtiger Verwandter

Sittenwidrigkeit des Unterhaltsverzichts muß zunächst dann angenommen werden, wenn sich die Schädigungsabsicht im oben beschriebenen Sinne gegen unterhaltspflichtige Verwandte richtet. Gerade die vom Gesetzgeber beabsichtigte Beschränkung der nachhehlichen Unterhaltspflicht auf Fälle der ehebedingten Bedürftigkeit² zeigt in Verbindung mit der Subsidiaritätsklausel des § 1584 die gesetzgeberische Wertung, daß Verwandte nicht mit ehebedingten wirtschaftlichen Notlagen der geschiedenen Ehegatten berührt werden sollen. Es besteht daher gerade keine Wahlmöglichkeit hinsichtlich der Inanspruchnahme möglicher Schuldner. Diese gesetzgeberische Grundentscheidung des Vorrangs des Geschiedenen-Unterhalts ist von den Ehegatten zu akzeptieren und dürfte auch dem Gerechtigkeitsgefühl der Mehrheit der Bevölkerung entsprechen. Das Verwandtschaftsverhältnis ist nicht als "lebenslängliche Sozialversicherung" anzusehen, die uneingeschränkt für das "Wohl und Wehe" seiner Mitglieder einzustehen hat. Wenn auch dem Vorrang des Geschiedenen-Unterhalts jeder Vorwurfs- oder gar Sanktionscharakter fernliegt, so ist er doch

- 1) Für das Verhältnis zu Verwandten ersten Grades (vgl. § 1589) ergibt sich aus § 91 BSHG iVm § 9 SGB I, § 2 Abs 2 S 1 BSHG die Subsidiarität der Sozialhilfe. Im Verhältnis zu Verwandten entfernterer Grade stellt sich die Frage, ob der Sozialhilfeträger den Hilfsbedürftigen aus dem Grundsatz der Nachrangigkeit heraus auf einen Unterhaltsanspruch gegen einen solchen Verwandten verweisen kann (so Giese FamRZ 82, 11), oder ob umgekehrt der Verwandte den Bedürftigen auf die Sozialhilfe verweisen kann (so Gernhuber § 41, Kunz FamRZ 77, 291; Dieckmann FamRZ 78, 631, 633; Brühl FamRZ 82, 13). Damit schränkte das Sozialhilferecht entgegen dem Grundsatz des § 2 Abs 2 S 1 BSHG praktisch das private Unterhaltsrecht ein.
- 2) Zu diesem Ziel der Aufstellung einzelner Unterhaltstatbestände in §§ 157o ff vgl. oben S. 26 ff.

Ausdruck einer vorrangigen Verantwortlichkeit für das Wohl des früheren Ehepartners, die billigerweise nicht auf Dritte abgewälzt werden soll, und zwar auch dann nicht, wenn diese zu dem Bedürftigen in der besonderen Rechtsbeziehung der Verwandtschaft stehen.

Dieser Wertung steht auch nicht die differenzierte Ausgestaltung des Subsidiaritätsprinzips in §§ 1584, 1607 Abs 2 entgegen, nach der unterhaltspflichtige Verwandte dann zu gleichrangigen Schuldner¹ aufrücken, wenn die Durchsetzung der Ansprüche gegen den unterhaltspflichtigen früheren Ehegatten erheblich erschwert ist. Diese Regelung bedeutet kein Abweichen von der Grundentscheidung der Subsidiarität des Verwandtenunterhalts, sondern soll nur, wie sich aus der für entsprechend anwendbar erklärten cessio-legis-Regel des § 1607 Abs 2 S 2 ergibt, den Unterhaltsgläubiger schützen, nicht aber den Schuldner entlasten.

2 Schädigung der Sozialhilfeträger

Die oben angesprochenen Grundsätze gelten in noch weit stärkerem Maße, soweit - wenn auch nur "hilfsweise" hinter Angehörigen - der übereinstimmende Zweck der Ehegatten darauf gerichtet war, im Falle einer nach Scheidung eintretenden Bedürftigkeit Sozialhilfe in Anspruch zu nehmen². Die letztlich von der Allgemeinheit getragene Sozialhilfe ist zwar eingerichtet, um Bedürftige zu unterstützen. Ihrem gesetzlichen Auftrag und ihrer gesetzlichen Ausprägung nach soll sie jedoch nur eine letzte Möglichkeit bieten, einen Bedürftigen vor dem Abgleiten in ein menschenunwürdiges Dasein zu bewahren. Ein mit Schädigungsabsicht abgeschlossener Verzicht auf vorrangige privatrechtliche Ansprüche

-
- 1) Unter den Voraussetzungen des § 1607 Abs 2 werden Ehegatte und Verwandte zu Gesamtschuldner; dazu näher im 2. Teil S.152 Fn1 .
 - 2) Diese kann freilich indirekt auch zu einer Inanspruchnahme bestimmter Verwandter führen, vgl § 91 BSHG.

stellt daher eine unzulässige Bereicherung auf Kosten der Allgemeinheit dar, weil durch die Inanspruchnahme der Sozialhilfe die zusammengerechneten Bezüge der Ehegatten der gesetzlichen Regel zuwider unzulässig erhöht werden.

II Sittenwidrigkeit von Unterhaltsverzichten ohne Nachweis einer Schädigungsabsicht der Ehegatten

In all den Fällen, in denen beiden Ehegatten oder auch nur einem von ihnen¹ nicht nachgewiesen werden kann, daß mit dem Unterhaltsverzicht hauptsächlich die Schädigung Dritter bezweckt war, fragt sich, ob allein aus objektiven Auswirkungen des Rechtsgeschäfts, die der Rechtsordnung unerwünscht sind, das Sittenwidrigkeitsurteil entnommen werden kann.

Diese Frage hat in rechtlicher und praktischer Hinsicht erhebliches Gewicht: In rechtlicher Hinsicht ist die Feststellung der Sittenwidrigkeit aus objektiven äußeren Umständen des Rechtsgeschäfts problematischer als in den Fällen einer erwiesenen Schädigungsabsicht. In praktischer Hinsicht erlangt die Frage zum einen wegen der beschriebenen Schwierigkeiten beim Nachweis innerer Tatsachen im Prozeß Bedeutung, zum anderen ist zu beachten, daß bei einer Stützung der gerichtlichen Entscheidung auf objektive Umstände ein erhöhtes Maß an Rechtssicherheit im Sinne einer genaueren Vorhersehbarkeit des Prozeßausgangs erzielt werden kann.

Als objektiver äußerer Umstand des Unterhaltsverzichts, der möglicherweise das Sittenwidrigkeitsurteil begründen könnte, kommt nur die Belastung Dritter mit Leistungspflichten in Betracht, die ohne diesen nicht bestünden. Da für die Beurteilung der Sittengemäßheit des Verzichts die Umstände im Zeitpunkt seines Ab-

1) Wie oben S.90 gezeigt wurde, ist in den Fällen der subjektiven Umstandssittenwidrigkeit wegen Drittbelastung ein gemeinsam verfolgter verwerflicher Zweck zu verlangen.

schlusses maßgeblich sind¹, kommt in all den Fällen, in denen der Verzicht vor Rechtskraft des Scheidungsurteils² vereinbart wird, als Anknüpfungspunkt für die Sittenwidrigkeit nur die Möglichkeit des späteren Entstehens einer Leistungspflicht Dritter in Betracht, weil der Verzicht während der bestehenden Ehe noch keine tatsächlichen Auswirkungen zeigt. Lediglich nach rechtskräftiger Scheidung vereinbarte Unterhaltsverzichtete können die Zahlungspflicht Dritter unmittelbar auslösen. Aus diesem Grunde erscheint es angebracht, die folgende Untersuchung nach den verschiedenen Zeitpunkten, zu denen ein Verzicht vereinbart werden kann, zu ordnen. Dabei soll aus Gründen der Praxisnähe die Einteilung insbesondere die Zeitpunkte berücksichtigen, zu denen Unterhaltsverzichtete am häufigsten geschlossen werden. Danach bietet sich folgende Einteilung an: In einer ersten Gruppe sollen diejenigen Unterhaltsverzichtete zusammengefaßt werden, die bereits vor Eheschließung oder sogleich zu Beginn der Ehe geschlossen werden. Diesem Abschnitt sollen auch Verzichtete, die während der "intakten" Ehe geschlossen werden, zugeordnet werden, die allerdings in der Praxis, wie eine Auswertung der veröffentlichten Rechtsprechung zeigt, selten vorkommen. Anschließend sollen diejenigen Verzichtete untersucht werden, die während des laufenden Scheidungsverfahrens oder unmittelbar davor, also bereits im Hinblick auf die bevorstehende Scheidung, getroffen werden. Schließlich sind die nach rechtskräftiger Scheidung geschlossenen Unterhaltsverzichtete zu betrachten.

1) So S.103ff.

2) Streng genommen müßte wegen der Möglichkeit eines späteren Einsatzzeitpunktes als dem der Ehescheidung auf das Entstehen des Unterhaltsstammrechts abgestellt werden. Da beide Zeitpunkte in der Praxis nur selten auseinanderfallen, soll hier wegen der besseren Verständlichkeit der Zeitpunkt der Scheidung dem des Entstehens des Stammrechts gleichgesetzt werden.

1 Unterhaltsverzicht vor Eheschließung und während der intakten Ehe

Zunächst soll die Möglichkeit der "Schädigung" Dritter bei denjenigen Unterhaltsverzichteten untersucht werden, die bereits vor Eheschließung oder während der "intakten" Ehe geschlossen werden. Dabei wird der Begriff der "Schädigung" Dritter als Kurzformel dafür verwendet, daß durch den Verzicht die gesetzliche Eintrittspflicht Verwandter (§§ 1601 ff) oder der Sozialhilfe (zumindest teilweise) ausgelöst wird. Das ist immer dann der Fall, wenn ein Ehegatte dem anderen ohne den Verzicht nach der Scheidung unterhaltspflichtig wäre und entweder mindestens in demselben Maße, in dem die Leistungspflicht Verwandter oder der Sozialhilfe besteht oder zumindest teilweise den nunmehr von dritter Seite geschuldeten Betrag hätte leisten müssen.

a Beschreibung des erfaßten Zeitraums

Mit der Erfassung des Zeitraums vom Verlöbnis bis in die bestehende Ehe hinein, solange diese als "intakt" anzusehen ist, wird ein Zeitabschnitt untersucht, in dem die Ehegatten in aller Regel zwar die Möglichkeit einer späteren Scheidung nicht völlig aus ihren Überlegungen ausschließen (sonst wäre eine Vereinbarung über eine Scheidungsfolge unsinnig), eine Scheidung jedoch zwischen ihnen noch nicht "im Gespräch" ist. In diesen Fällen wird der Verzicht nicht im Hinblick auf eine als bevorstehend erkannte Scheidung geschlossen. Die hier gewählte Zäsur im Verlauf der gesamten Beziehung der Ehegatten rechtfertigt sich daraus, daß sich die Motivationslage der Eheleute bei Abschluß eines Verzichts - wie im einzelnen noch zu zeigen sein wird - in der Regel wesentlich verändern wird, sobald eine Scheidung von ihnen konkret ins Auge gefaßt wird. Zur genaueren Bestimmung des Zeitpunktes, in dem sich der Wechsel von einer "intakten" zu einer "scheidungs-

trächtigen" Ehe vollzieht, bietet sich eine Übernahme der zu dem im Versorgungsausgleichsrecht relevanten Begriff des "Zusammenhangs mit der Scheidung" (§ 1587 o) entwickelten Grundsätze an. Dieser Begriff wird so verstanden, daß bei einem der Ehegatten bereits konkrete Scheidungsabsichten bestehen müssen, die dem anderen bekannt sind¹. Die genaue Abgrenzung dürfte in der Praxis keine große Rolle spielen, da Unterhaltsverzicht in der Regel entweder bereits zu Beginn der Ehe oder erst während des Scheidungsverfahrens geschlossen werden; während intakter Ehe ohne jeden konkreten Anlaß geschlossene Unterhaltsverzicht sind selten.

b Umfang der Gefahr einer Drittschädigung

Bei der Untersuchung der Frage, in welchen Fällen eine Sittenwidrigkeit aufgrund objektiver äußerer Umstände angenommen werden muß, ist zunächst zu beachten, daß nicht jede - auch noch so fern liegende - Möglichkeit einer Drittschädigung ausreicht, um den Unterhaltsverzicht als sittenwidrig anzusehen. Eine Vielzahl von Rechtsgeschäften birgt die Möglichkeit in sich, die Vermögensinteressen Dritter zu tangieren, ohne daß diese deshalb als sittenwidrig einzustufen wären. So begründet etwa jeder abgeschlossene Arbeitsvertrag für Mitbewerber die Möglichkeit, daß sie erst später oder womöglich gar nicht eine angemessene Arbeitsstellung finden. Ähnlich kann jede Erbeinsetzung, die nicht der gesetzlichen Erbfolge entspricht, mit dem Erbfall die Rechte der gesetzlichen Erben verringern. Ebenso kann ein Unterhaltsverzicht zwischen Ehegatten die Möglichkeit der Schädigung potentiell zahlungspflichtiger Dritter mit sich bringen, weil ein möglicherweise vorrangig Verpflichteter ausscheidet. Eine solche allgemeine, abstrakte Möglichkeit wird jedoch

1) MK/Strobel § 1587 o Rdn 5 mwNw.

vom Gesetz schon mit der Grundentscheidung für die Privatautonomie in Kauf genommen und reicht daher nicht aus, ein Rechtsgeschäft schon seiner Auswirkungen wegen als "bedenklich" erscheinen zu lassen. Eine gewisse Konkretisierung ist bereits durch den Begriff der Gefahr möglich. Darunter versteht man im Anschluß an eine zum strafrechtlichen Notstand entwickelte Definition auch im Zivilrecht den Zustand, daß nicht nur die gedankliche Möglichkeit, sondern eine auf tatsächliche Umstände begründete Wahrscheinlichkeit eines schädigenden Ereignisses besteht¹. Aber selbst eine solche allgemeine Gefahr einer Drittschädigung kann noch nicht zur Sittenwidrigkeit eines gesetzlich im Grundsatz zugelassenen Rechtsgeschäfts führen. Es muß vielmehr entscheidend auf das Maß der Gefahr abgestellt werden, das sich nach dem Maß der Vorhersehbarkeit einer mit Rechtskraft der Scheidung zwischen den Ehegatten entstehenden Unterhaltspflicht und der ohne diese eintretenden Bedürftigkeit des verzichtenden Ehegatten bestimmt. Daher muß eine weit über das durchschnittliche Maß hinausgehende Gefahr feststellbar sein, die so konkret ist, daß sich einem objektiven Betrachter die Erkenntnis aufdrängen muß, daß das Rechtsgeschäft bei erwartungsgemäßem Ablauf der Dinge mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu einer Drittschädigung führen wird.

Für eine solche konkrete Gefahr verlangt der BGH² bei Sicherungsübereignungen, bei denen sich die objektive Bedenklichkeit des Rechtsgeschäfts ebenfalls nur aus einer Gefährdung der Vermögensinteressen Dritter ergeben kann, daß "wegen der besonderen Verhältnisse die Möglichkeit, daß Dritte ... Schaden erleiden, so nahe-

1) So im Anschluß an BGHSt 18, 272
Soergel/Fahse § 228 Rdn 12.

2) BGHZ 10, 228, 233.

liegend ist, daß sich die Vertragsschließenden bei der von ihnen nach den Umständen zu verlangenden sorgfältigen Überlegung sagen mußten, diese Möglichkeit werde sich mit ziemlicher Sicherheit verwirklichen". Es ist im folgenden - ohne zunächst auf die Frage der Vergleichbarkeit von Sicherungsgeschäften und Unterhaltsverzichten einzugehen - zu untersuchen, ob sich auch bei Unterhaltsverzichten, die während des oben beschriebenen Zeitraums abgeschlossen werden, eine derart konkrete Gefahr für das Vermögen Dritter feststellen lassen kann.

In diesem Zusammenhang wäre es allerdings verfehlt, eine solche mit dem Verzichtsabschluß bewirkte erhöhte Gefährdung Dritter in all den Fällen, in denen die Vereinbarung ohne Zusammenhang mit einer Scheidung getroffen wird, schon allein unter Hinweis darauf abzulehnen, daß der Verzicht Dritte allenfalls im Falle einer Scheidung belasten könne und eine solche im derzeitigen Stadium der Beziehung der Eheleute fernliegend erscheint. Es kann nämlich nicht von vornherein die eine Ehe als "bestandssicher", eine andere dagegen als von Anfang an "scheidungsträchtig" prognostiziert werden. Vielmehr muß zugunsten aller Ehegatten davon ausgegangen werden, daß sie bei Eheschließung die Ehe unter dem auch vom Gesetz in § 1353 zugrunde gelegten Verständnis der Lebensgemeinschaft eingehen. Danach könnte lediglich aus der jeweils bestehenden Scheidungsquote eine für alle Ehen gleich hohe Scheidungsgefahr vorausgesagt werden. Bei der Bestimmung des Maßes der Gefährdung Dritter muß jedoch die Frage der Scheidungsgefahr ganz unberücksichtigt bleiben: Die Scheidung ist nämlich unter den Eheleuten und gegenüber Dritten gleichermaßen die Grundvoraussetzung dafür, daß der Verzicht tatsächliche Auswirkungen entfaltet. Das Maß der Gefahr ist daher unter Außerachtlassen der "Scheidungsgefahr" allein nach der Vorhersehbarkeit der Anspruchsvoraussetzungen der §§ 1569 ff

zu beurteilen, so daß eine Scheidung bei dieser Prognose gleichsam unterstellt werden muß.

Da das Entstehen einer nachehelichen Unterhaltspflicht eines Ehegatten dem anderen gegenüber zumindest nach der gesetzgeberischen Vorstellung¹ nicht zwangsläufige Scheidungsfolge ist, sondern an bestimmte, scharf umrissene Tatbestandsvoraussetzungen gebunden ist, sind diese einzelnen Voraussetzungen im Hinblick auf die Vorhersehbarkeit ihres Eingreifens hin zu untersuchen. Dabei kann vorab in einem Vergleich zur früheren Rechtslage wegen des Wegfalls der grundsätzlich geltenden Verschuldensvoraussetzung (§ 58 EheG aF) festgestellt werden, daß die Voraussehbarkeit des Entstehens eines Anspruchs zugenommen haben dürfte. Die "unwägbare" - weil häufig durch Parteiabsprache oder Beweisschwierigkeiten beeinflusste - Voraussetzung der Scheidungsschuld² ließ ein hohes Maß an Vorausschaubarkeit im früheren Scheidungsrecht nicht zu. Für das geltende Unterhaltsrecht dürfte dagegen der Wegfall der problematischen positiven Anspruchsvoraussetzung³ des Scheidungsverschuldens zugunsten von verschiedenen Unter-

-
- 1) Nach dieser sollte das geltende Unterhaltsrecht durch eine Kombination des "Grundsatzes der wirtschaftlichen Verantwortung der Ehegatten füreinander" mit dem "Prinzip der Eigenverantwortung" gekennzeichnet sein; vgl die Begründung des Gesetzesentwurfs, BT-Drs 7/65o S. 6o, 121 f. Daß in der Praxis ein Unterhaltsanspruch eher zur Regel und eine Eigenverantwortung zur Ausnahme geworden ist, liegt an der Ausgestaltung der §§ 157o ff, die verschiedentlich gegen das vorangestellte Prinzip verstößt (vgl Holzhauser JZ 77, 734).
 - 2) Die Schwierigkeit bei der Feststellung des wahren Verschuldens am Scheitern der Ehe war schließlich auch Anlaß für die Abkehr vom Verschuldensprinzip hin zum Zerrüttungsprinzip, vgl Begründung des Gesetzesentwurfs BT-Drs 7/65o S. 6o.
 - 3) Eine Verschuldensanalyse kann nur als Ausschlussgrund im Rahmen des § 1579 Abs 1 Ziff 4 eine Rolle spielen, vgl dazu BGH NJW 81, 28o6.

haltstatbeständen, die an rein objektive Umstände anknüpfen, in der Tendenz zu einer erleichterten Prognostizierbarkeit führen. Das genaue Maß der Vorhersehbarkeit einer Drittschädigung kann nur eine Betrachtung der einzelnen Anspruchsvoraussetzungen der §§ 157o ff aufdecken.

aa Die Unterhaltstatbestände der §§ 157o ff

Im folgenden sollen die sechs¹ Unterhaltstatbestände kurz angesprochen und auf die Vorhersehbarkeit ihres Eingreifens hin untersucht werden. Dabei wird nach der Reihenfolge ihres Auftretens im Gesetz vorgegangen.

(1) Kindesbetreuung (§ 157o)

§ 157o gibt dem Ehegatten, von dem wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes² eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann, einen Unterhaltsanspruch. Für das Maß der Vorausssehbarkeit seines Eingreifens ist bei diesem Unterhaltstatbestand von Bedeutung, daß er seiner Natur nach ein vorübergehender ist³ und nicht an den "Einsatzzeitpunkt" der Ehescheidung gebunden ist. Dies bedeutet, daß der Anspruch aufgrund veränderter Umstände später wegfallen,

-
- 1) Üblicherweise werden unter Beibehaltung der Zählung in den Materialien (vgl Begründung des RegE BT-Drs 7/65o S. 122) sechs Unterhaltstatbestände (§§ 157o, 1571, 1572, 1573, 1575, 1576) unterschieden, vgl etwa Diederichsen NJW 77, 354, Rolland § 1569 Rdn 13. Zu Recht weist allerdings Holzhauer (JZ 77, 729, 734 f) auf die selbständige Bedeutung des § 1573 Abs 2 in Doppelverdienerehen hin, in denen das Einkommen aus voller Erwerbstätigkeit der beiden Ehegatten unterschiedlich hoch ist.
 - 2) Bei Pflege oder Erziehung eines nicht gemeinschaftlichen Kindes kann § 1576 als Auffangtatbestand (dazu unten unter (6)) eingreifen, vgl MK/Richter § 157o Rdn 1.
 - 3) Vgl die Wendung "solange und soweit" in § 157o.

überhaupt erst entstehen oder wieder aufleben kann¹. Da die Begründung eines Unterhaltsanspruchs aus § 157o nicht allein von dem Willen des sorgeberechtigten Elternteils abhängen kann, ist es nicht nur dessen freier Entscheidung überlassen, ob er neben der Kindesbetreuung einer Erwerbstätigkeit nachgehen will; diese muß vielmehr einen Verzicht auf Erwerbstätigkeit objektiv notwendig machen². Daher sind insbesondere auch die Möglichkeiten der Unterbringung des Kindes in Heimen, Ganztagschulen oder der Betreuung durch Dritte zu prüfen, woraus sich uU die Zumutbarkeit einer Halbtagsstelle ergeben kann³. Aus diesen Besonderheiten ergibt sich bereits, daß das Eingreifen dieses Unterhaltstatbestandes selbst in einer intakten Ehe, in der Kinder vorhanden sind, nur in Einzelfällen hinreichend konkret voraussehbar sein wird⁴, da eine kurzfristige Änderung des Pflege- oder Erziehungsbedürfnisses den Unterhaltsanspruch entscheidend beeinflussen kann. Nahezu ausgeschlossen erscheint die Voraussehbarkeit, soweit es um Unterhaltsverzicht gleich zu Beginn oder gar vor Eheschließung geht.

(2) Unterhalt wegen Alters (§ 1571)

Der Unterhaltstatbestand des § 1571 trägt der Erfahrungstatsache Rechnung, daß die Arbeitsfähigkeit im vorgerückten Alter nachläßt und insbesondere die (Wieder-) Eingliederung eines älteren Menschen in das Erwerbsleben schwierig ist, bei ungünstiger Arbeitsmarktlage, wie sie zur Zeit besteht, sogar ausgeschlossen erscheint. Nicht erforderlich ist, daß der bedürftige

1) Zur Dauer des Anspruchs vgl näher MK/Richter § 157o Rdn 14 und 16.

2) Pal/Diederichsen § 157o Anm 2 b.

3) Vgl dazu im einzelnen MK/Richter § 157o Rdn 9 ff.

4) So etwa, wenn mehrere kleine Kinder vorhanden sind, die absehbar auf Jahre hin die Arbeitskraft der Mutter beanspruchen werden und diese bei hohem Einkommen des Mannes selbst nur einen niedrigen Ausbildungs- oder Berufsstand hat.

Ehegatte bereits die gesetzliche Altersgrenze erreicht hat, vielmehr kann § 1571 auch schon bei wesentlich jüngeren Ehegatten eingreifen. Infolge des Umstandes, daß das durchschnittliche Scheidungsalter ständig sinkt¹, hat dieser Unterhaltstatbestand, obwohl auch er nicht nur auf den Zeitpunkt der Scheidung abstellt, in der Praxis nur eine begrenzte Bedeutung.

Das Eingreifen dieses Unterhaltstatbestandes kann aber uU auch schon bei Eingehen der Ehe mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit vorausgesagt werden, nämlich in all den Fällen, in denen die Ehegatten schon bei der Heirat ein Alter erreicht haben, in dem im Falle der Scheidung die Voraussetzungen des § 1571 gegeben wären. In diesen Fällen besteht - die weiteren Anspruchsvoraussetzungen der §§ 157o ff unterstellt - eine hohe Gefahr der Schädigung Dritter, wenn in dieser Situation ein Unterhaltsverzicht vereinbart wird.

(3) Unterhalt wegen Krankheit (§. 1572)

Einen weiteren uU - jedenfalls im Falle des § 1572 Ziff 1 - sehr klar prognostizierbaren Unterhaltstatbestand, der in der Praxis jedoch selten zum Zuge kommen dürfte, enthält § 1572. Die Vorschrift erfaßt körperliche und seelische Erkrankungen, die nicht nur vorübergehender Natur sind². Die Krankheit selbst wird in der Regel nicht ehebedingt sein und braucht es auch nicht in dem Sinne zu sein, daß die Krankheit aufgrund der Ehe eingetreten ist; die Situation, in der der Ehegatte infolge der Er-

1) Das durchschnittliche Scheidungsalter ist bei Männern/Frauen von 1951 bis 1970 von 39,6/36,7 auf 36,9/34,0 gesunken. Der Anteil der Männer/Frauen, die im Zeitpunkt der Scheidung älter als 50 Jahre waren, ist von ca 14%/18% im Jahre 1961 auf ca 10%/6% im Jahre 1970 gesunken, vgl BT-Drs 7/650 S. 246.

2) BT-Drs 7/650 S. 124;
ebenso die allgemeine Meinung, vgl etwa
Pal/Diederichsen § 1572 Anm 2
MK/Richter § 1572 Rdn 6.

krankung bedürftig wird, wird jedoch durch die Ehe mitgeprägt¹ und hängt daher mit dieser zusammen. Wenn auch die Ziffern 2 bis 4 einen weiteren zeitlichen Rahmen stecken, so greift § 1572 doch nicht bei einer nach Scheidung eintretenden schicksalhaften Erkrankung ein².

In all den Fällen, in denen ein Ehegatte schon bei Heirat an einer Krankheit iSd § 1572 leidet, ist die Wahrscheinlichkeit, daß dieser Unterhaltstatbestand im Falle einer Scheidung eingreifen wird, sehr hoch. Im Hinblick auf § 138 ist jedoch zu beachten, daß in allen Fällen, in denen bei Vereinbarung des Unterhaltsverzichts das Eingreifen des § 1572 als sehr wahrscheinlich voraussehbar ist, Anlaß besteht, dessen Wirksamkeit schon unter dem Gesichtspunkt der unangemessenen Benachteiligung des Ehegatten selbst zu prüfen, da es den herrschenden ethischen Vorstellungen widersprechen dürfte, einen schon bei Eheschließung kranken Ehegatten nach einer möglichen Scheidung wirtschaftlich schutzlos zu stellen.

(4) Unterhalt bis zur Erlangung einer angemessenen Erwerbstätigkeit (§ 1573)

§ 1573 hat im Verhältnis zu den übrigen Unterhaltstatbeständen eine lückenausfüllende Funktion. Im Rahmen dieser Untersuchung kann nicht näher auf die Vielzahl der von § 1573 erfaßten Fallgestaltungen eingegangen werden³; insoweit muß auf die Kommentierungen verwiesen werden. Aus dieser Vielfältigkeit folgt allerdings die Schwierigkeit der Aufstellung allgemeingültiger Erkenntnisse über die Vorhersehbarkeit des Eingreifens dieses Unterhaltstatbestandes. Eine gewisse Konkreti-

1) MK/Richter § 1572 Rdn 1.

2) MK/Richter § 1572 Rdn 1o.

3) Vgl etwa die Kurzübersicht über die von § 1573 erfaßten Fälle bei Pal/Diederichsen § 1573 Anm 1.

sierung ist durch die Aufgliederung nach Ehetypen möglich. In einer Doppelverdienerehe, in der Ausbildung und berufliche Qualifikation der Ehegatten deutlich auseinanderfallen, wird mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit ein Aufstockungsunterhalt nach § 1573 Abs 2 zur Ausgleichung des unterschiedlichen Einkommens geschuldet sein. Dennoch wird sich im Regelfall ein hohes Maß der Gefährdung Dritter nicht feststellen lassen, da § 1573 Abs 2 nur die Beibehaltung der ehelichen Lebensverhältnisse gewährleisten soll (§ 1578) und der nach § 1573 Abs 2 relativ (im Verhältnis zum anderen Ehegatten) Bedürftige wegen einer Erwerbstätigkeit kaum jemals bedürftig im Sinne des Sozialhilferechts¹ und selten bedürftig im Sinne des § 1610 sein wird.

Dagegen werden sich für Hausfrauenehen kaum allgemeingültige Feststellungen zur Vorhersehbarkeit einer Unterhaltungspflicht nach § 1573 treffen lassen, da dessen Eingreifen nur im Einzelfall unter Berücksichtigung der beruflichen Qualifikation des Bedürftigen und des unwägbaren Umstands der Arbeitsmarktlage prognostiziert werden kann.

(5) Unterhalt wegen Ausbildung (§ 1575)

Voraussetzung ist hier ehebedingter Abbruch oder ehebedingte Nichtaufnahme einer Ausbildung. Auch das Eingreifen dieses Unterhaltstatbestandes im Falle einer Scheidung kann bereits bei Eheschließung mit hoher Wahrscheinlichkeit vorausgesehen werden, da § 1575 gerade auch auf eine Entscheidung zu Beginn der Ehe - und sogar vor Eheschließung; vgl "in Erwartung der Ehe" - abhebt. In den Fällen einer Haushaltsführungsehe, in der ein Ehegatte aufgrund des gemeinsamen Lebensplans eine Ausbildung abbricht oder gar nicht erst aufnimmt, ist das Eingreifen dieses Unterhaltstatbestandes konkret absehbar. Daß der Unterhalt nach

1) Im Verhältnis zur Sozialhilfe gewährt § 1578 einen sog "gesteigerten Unterhalt"; zu diesem Begriff Mergler § 90 Rdn 24.

§ 1575 seiner Natur nach nur vorübergehend beansprucht werden kann, ist unerheblich, denn auch eine nur vorübergehende Entlastung der Ehegatten zu Lasten Dritter kann uU mißbilligenswert sein.

(6) Unterhalt aus Billigkeitsgründen (§ 1576)

Die positive Billigkeitsklausel des § 1576 soll als Auffangtatbestand¹ sicherstellen, daß jede ehebedingte Unterhaltsbedürftigkeit erfaßt wird und es durch das in §§ 1570 bis 1575 verwirklichte Enumerationsprinzip nicht zu Ungerechtigkeiten kommt, weil nicht auszuschließen ist, daß eine Ehefrau keinen Unterhalt bekommt, die in der Ehe weit über ihre Rechtspflichten hinaus dem Ehemann gegenüber besondere Leistungen erbracht hat und dann mit der Scheidung konfrontiert wird². Aus der Funktion des § 1576 als Auffangtatbestand und aus der Aufstellung unbestimmter Tatbestandsvoraussetzungen³ ergibt sich eine nahezu völlige Unvorhersehbarkeit des Eingreifens dieses Unterhaltstatbestandes, dessen Voraussetzungen letztlich erst im Zeitpunkt der Scheidung feststellbar sein können.

bb Fehlen anderweitiger Einkünfte (§ 1577)

Auch bei Eingreifen eines der oben beschriebenen Unterhaltstatbestände, die sämtlich eine Bedürftigkeit wegen fehlender Erwerbseinkünfte betreffen, schließt § 1577 einen Unterhaltsanspruch aus, solange und soweit der Ehegatte sich "aus seinen Einkünften und seinem Vermögen" selbst unterhalten kann. Der Begriff der "Einkünfte" in § 1577 ist weit zu verstehen: Hierunter fallen nicht nur Erträge aus vorhandenem Vermögen - zB

1) Pal/Diederichsen § 1576 Anm 1.

2) Vgl die amtliche Begründung BT-Drs 7/4361, S. 17.

3) Vgl "sonstige schwerwiegende Gründe", "grob unbillig".

Grundbesitz, Unternehmensbeteiligung - und eigenes Arbeitseinkommen, sondern auch sonstige Einkünfte wie Arbeitslosengeld, Wohngeld¹, Krankengeld und Renteneinkommen², letzteres insbesondere auch, wenn es aufgrund des Versorgungsausgleichs erlangt wird³. Unter "Vermögen" ist, wie auch sonst im BGB, das gesamte Aktivvermögen zu verstehen, allerdings nur, soweit es verwertbar ist. Abzustellen ist auf das Vermögen, das dem Berechtigten nach der Ehescheidung unter Berücksichtigung des Zugewinn- und Versorgungsausgleichs zur Verfügung stehen wird⁴. Zu berücksichtigen sind auch Vermögenswerte, die erst nach der Scheidung anfallen, etwa durch Erbschaft⁵.

Das Eingreifen des Ausschlußtatbestandes des § 1577 wird sich während des untersuchten Zeitraumes nur in Ausnahmefällen feststellen lassen, etwa dann, wenn ein Ehegatte mit erheblichem Vermögen in die Ehe geht oder wenn nennenswerte Erträge aus den gesetzlichen Scheidungsfolgen des Zugewinn- und Versorgungsausgleichs zu erwarten sind. Ein höheres Maß an Prognostizierbarkeit kann jedoch dann vorliegen, wenn neben dem Unterhalt auch Zugewinn- und Versorgungsausgleich ausgeschlossen werden.

1) BGH NJW 80, 2081.

2) Pal/Diederichsen § 1577 Anm 2 a.

3) MK/Richter § 1577 Rdn 10.

4) Pal/Diederichsen § 1577 Anm 2 a

MK/Richter § 1577 Rdn 10.

Ein durchgeführter Versorgungsausgleich kann den Unterhaltsanspruch aber erst mindern oder ausschließen, sobald der Bedürftige daraus Zahlungen erhält. Das ist im Falle des gesetzlichen Versorgungsausgleichs der Zeitpunkt des Versorgungsfalls beim Berechtigten und im Falle des schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs der Zeitpunkt des Versorgungsfalls beim Ausgleichspflichtigen.

5) OLG Hamburg FamRZ 82, 710.

cc Ausschluß des Unterhaltsanspruchs (§ 1579)

Einer der Ausschlußgründe des § 1579 wird sich zu Beginn der Ehe kaum jemals voraussehen lassen: Ziff 1 stellt gerade auf die - noch ungewisse - Ehedauer ab; Ziff 2 und 3 stellen auf ein Verhalten während der bestehenden Ehe ab und das Eingreifen der Ziff 4 ist wegen der Gewährung eines weiten Ermessensspielraumes¹ kaum prognostizierbar.

dd Leistungsfähigkeit des Verpflichteten (§ 1581)

Schließlich muß eine Leistungsfähigkeit des verpflichteten Ehegatten voraussehbar sein. Eine mangelnde Leistungsfähigkeit ist unabhängig von ihrem Grund objektiv festzustellen. Ein Unterhaltsausschluß gemäß § 1581 ist wegen § 1578 nur denkbar, wenn sich die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten nach der Scheidung verschlechtert hat, da die Vermögensverhältnisse der Ehegatten schon gemäß § 1578 das Maß des Unterhalts bestimmen. Eine nachträgliche Änderung kommt daher hauptsächlich infolge neuer Verpflichtungen, wie zB der Unterhaltungspflicht gegenüber einem neuen Ehegatten, der nach § 1582 Abs 1 ausnahmsweise mit dem geschiedenen Ehegatten gleichrangig berechtigt ist, in Betracht². Danach dürfte auch das Eingreifen der Billigkeitsklausel des § 1581 kaum voraussehbar sein.

c Ergebnis zur objektiven Vorhersehbarkeit einer Drittschädigung

Aus der vorausgegangenen Untersuchung, die wegen ihrer Abstraktheit nur überschlägig erfolgen konnte, zeichnet sich ab, daß zwar das Eingreifen einzelner Unter-

1) Pal/Diederichsen § 1579 Anm 2 d.

2) Im einzelnen vgl dazu MK/Richter § 1581 Rdn 1.

haltstatbestände und weiterer Unterhaltsvoraussetzungen im Einzelfall relativ sicher voraussehbar sein kann. Bedenkt man aber, daß zur Begründung eines Unterhaltsanspruchs alle gesetzlichen Voraussetzungen gemeinsam vorliegen müssen (bzw Ausschließungsgründe nicht eingreifen dürfen), so muß man zu dem Ergebnis gelangen, daß nur wenige Fallgestaltungen denkbar sind, in denen sich bei einem Verzichtsabschluß bereits vor oder zu Beginn der Ehe mit der oben beschriebenen hohen Wahrscheinlichkeit voraussehen läßt, daß im Falle einer Scheidung der eine Ehegatte dem anderen unterhaltspflichtig wird.

Sollte sich im Einzelfall dennoch eine konkrete Gefährdung der Vermögensinteressen Dritter feststellen lassen¹, so vermag es diese allein gleichwohl noch nicht zu rechtfertigen, dem Unterhaltsverzicht nach § 138 die Wirksamkeit zu versagen. Vielmehr ist nach den oben dargestellten Grundsätzen des beweglichen Beurteilungssystems zudem auf die subjektiven Elemente des Rechtsgeschäfts, also insbesondere die Beweggründe und Zwecke der Parteien einzugehen. Diese können nämlich, soweit sie anerkennenswert sind, die Bedenklichkeit, die das Rechtsgeschäft aus seinen objektiven Auswirkungen erhält, salvieren.

d Denkbare Motive der Ehegatten

Im folgenden soll daher versucht werden, die Zwecke und Beweggründe zusammenzustellen, die Ehegatten in dem hier untersuchten Stadium der Ehe dazu bewegen können, einen Unterhaltsverzicht abzuschließen².

-
- 1) Hier ist etwa an den Fall einer Ehe mit mehreren kleinen Kindern zu denken, in der der Ehemann einen hohen Verdienst, die Ehefrau jedoch keine oder nur geringe Berufsqualifikation hat.
 - 2) Dabei muß nach der oben geschilderten Vorgehensweise eine Schädigungsabsicht der Ehegatten außer Betracht bleiben.

aa Eheschließungsfördernde Wirkung des Unterhalts-
verzichts

Zunächst kann einem Unterhaltsverzicht eine eheschließungsfördernde Wirkung zukommen. Eine solche liegt dann nahe, wenn die Ehegatten - oder auch nur einer von ihnen - die Eingehung einer Ehe im Hinblick auf mögliche Scheidungsfolgelasten und insbesondere mögliche Unterhaltspflichten scheuen. Eine solche Scheu vor möglichen Unterhaltspflichten kann in erster Linie in einer Ablehnung des geltenden Unterhaltsrechts begründet sein. Sie kann sich aber auch aus einer gewissen Unsicherheit des Rechtszustandes aufgrund fortwährenden Wandels des Unterhaltsrechts durch gesetzgeberische Korrekturen und durch einen Wandel in der Rechtsprechung ergeben¹.

Es kann nämlich nicht verkannt werden, daß in Teilen der Bevölkerung die Vorstellung herrscht, das geltende Unterhaltsrecht könne für geschiedene Ehegatten, insbesondere für die Ehemänner in einzelnen Fällen ruinöse Wirkungen haben, die als ungerecht empfunden werden. Insbesondere ist auch denkbar, daß Ehemänner das Risiko ausschließen wollen, einem untreuen Partner unterhaltspflichtig werden zu können. Die Absicht, einer als ungerecht empfundenen Unterhaltspflicht zu entgehen, wird in diesen Fällen nicht als mißbilligenswerte Grundeinstellung zur Ehe und den damit verbundenen gesetzlichen Folgen im Sinne einer vorwerfbaren Entziehung aus der Verantwortung angesehen werden können. Es muß zugunsten der Ehegatten davon ausgegangen werden, daß sie bei Eheschließung von einer lebenslangen Bindung ausgehen. Bei einer solchen Gesinnungshaltung der Ehegatten würde allerdings auch der Ausschluß der übrigen Scheidungsfolgen naheliegen.

1) Auch Diederichsen, NJW 77, 217, 233 spricht der Disponibilität des Geschiedenenunterhalts eheschließungsfördernde Wirkungen zu.

bb Grundentscheidung zur wirtschaftlichen Unabhängigkeit

Des weiteren kann Anlaß eines Unterhaltsverzichts der Versuch der Ehegatten sein, von vornherein "klare Verhältnisse" für den Fall einer Scheidung zu schaffen und so die wirtschaftliche Bindung, die die Ehe mit sich bringt, auf die Dauer ihres Bestehens zu beschränken. In diesem Zusammenhang muß berücksichtigt werden, daß sich die Scheidungsquote in den letzten Jahren drastisch erhöht hat¹, so daß sich gerade jungverheirateten Ehegatten die Erkenntnis aufdrängen muß, daß die objektive Bestandsprognose ihrer Ehe gegenüber früheren Zeiten deutlich geringer ist und daher eher ein Anlaß besteht, sich über eine Scheidung und deren Folgen Gedanken zu machen. Auch in der Bemühung, das Scheidungsfolgenrisiko gering zu halten, kann keine vorwerfbare Haltung der Ehegatten erblickt werden; vielmehr wird lediglich die auch vom Gesetz im Grundsatz angestrebte Selbständigkeit der Ehegatten nach der Scheidung besonders strikt durchgeführt. Eine solche Grundentscheidung ist den Ehegatten im Hinblick auf die gesetzlich eingeräumte Dispositionsfreiheit zu gestatten.

cc Unterhaltsverzicht als Gegenleistung für andere Zugeständnisse im Falle der Scheidung

Demgegenüber kommt ein Erlaß als Gegenleistung für bestimmte Zugeständnisse bei anderen Scheidungsfolgen, wie insbesondere Zugewinnausgleich oder Sorgerechtsregelungen, bei Verzichten während des hier untersuchten Stadiums der Ehe kaum in Betracht, da der Umfang

1) Nach einer Antwort der Bundesregierung auf kleine Anfragen der Fraktion "Die Grünen" und der SPD-Fraktion (mitgeteilt von Schulz, ZRP 84, 283) hat die Zahl der Scheidungen von 32 462 im Jahre 1978 auf 118 483 im Jahre 1982 zugenommen.

der übrigen Scheidungsfolgen kaum absehbar ist. Im übrigen wird eine solche Möglichkeit regelmäßig auch deshalb ausscheiden, weil grundsätzlich alle drei Scheidungsfolgen in ihrer Richtung zusammenfallen.

c Ergebnis zu Unterhaltsverzichten vor oder während intakter Ehe

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchung ist festzuhalten, daß eine Sittenwidrigkeit von Verzichten, die vor Eheschließung oder während der intakten Ehe geschlossen sind, aus Gründen der Drittbelastung im Regelfall nicht denkbar ist, soweit nicht der Nachweis einer Schädigungsabsicht gelingt.

Zum einen sind nur ausnahmsweise Fälle denkbar, in denen sich bereits bei Vereinbarung des Verzichts mit hoher Wahrscheinlichkeit voraussehen läßt¹, daß der Verzicht im Falle einer Scheidung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Zahlungspflicht Dritter verursachen wird und er damit eine von der Rechtsordnung unerwünschte Folge hat. In den Fällen, in denen dies feststellbar ist, kann der Gesamtcharakter des Verzichts jedoch trotz seiner unerwünschten Folge den guten Sitten entsprechen, wenn sich die Absichten oder Beweggründe der Parteien als billigenstwert herausstellen. Die oben angesprochenen denkbaren Beweggründe, die weniger die Ehe als lebenslange Lebens- und Schicksalsgemeinschaft in den Vordergrund stellen als vielmehr von vornherein auf eine problemlose Lösbarkeit der Ehe abzielen, können, mögen sie auch moralisch nicht anerkennenswert sein, rechtlich nicht beanstandet werden. In § 72 S 2 EheG aF war ausdrücklich festgelegt, daß eine scheidungserleichternde oder -ermöglichende Funktion des Unterhaltsverzichts diesen nicht nichtig macht. Daß diese Regelung in § 1585 c nicht übernommen

1) Entscheidend ist dabei immer die objektive Voraussehbarkeit; die Kenntnis der Ehegatten ist nach dem oben Gesagten unerheblich.

wurde, sollte keine sachliche Änderung bewirken¹. Damit sind auch bei "unentgeltlichen" Verzichten billigenswerte Motive der Ehegatten denkbar, so daß die Auffassung Gernhubers², für unentgeltliche Verzichte seien plausible Motive "nur noch sehr begrenzt erkennbar", als zu weitgehend erscheint.

2 Unterhaltsverzichte "im Zusammenhang mit der Scheidung"

Im folgenden sind diejenigen Unterhaltsverzichte zu untersuchen, die in einer solchen zeitlichen Nähe zur Scheidung stehen, daß sie als "im Zusammenhang mit der Scheidung" geschlossen anzusehen sind. Diese Fallgruppe von Verzichten dürfte in der Praxis am häufigsten zu einer Überprüfung im Hinblick auf § 138 Anlaß bieten.

a Maß der Vorhersehbarkeit einer Drittschädigung

Im Ergebnis wird sich in einer Vielzahl von Fällen vor- aussehen lassen, ob der Verzicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu einer Drittbelastung führen wird oder nicht. Die mangelnde Voraussehbarkeit bei Verzichten, die in einem früheren Stadium geschlossen wurden, ergab sich insbesondere daraus, daß die Umstände, die einen Unterhaltstatbestand auslösen können, großenteils einer raschen Änderung - gegebenenfalls schon durch bloßen Zeitablauf, wie bei § 1571 - unterworfen sind. Im Verlauf der Ehe bis zu dem Zeitpunkt, von dem an ein "Zusammenhang mit der Scheidung" besteht, werden sich die Verhältnisse in der Regel so gefestigt haben, daß das Eingreifen der Voraussetzungen der §§ 1570 ff klar vorhersehbar ist.

1) Amtl Begründung BT-Drs 7/650 S. 149.

2) Gernhuber § 30 XII 4.

Hier wird also vielfach von einer konkreten Gefahr für das Vermögen Dritter im oben beschriebenen Sinne gesprochen werden können. Die Zahlungspflicht von Sozialhilfe oder Verwandten wird sich häufig als zwangsläufige Folge des Verzichts voraussehen lassen¹. Hinsichtlich der Voraussehbarkeit wird dabei insbesondere ein erheblicher Unterschied zum früheren Unterhaltsrecht deutlich: Wegen der häufig als "Gegenleistung" erbrachten Übernahme des Scheidungsverschuldens war kaum voraussehbar, welche Unterhaltspflichten ohne den Verzicht nach der Scheidung entstanden wären.

b Denkbare Motive der Ehegatten

Bei der Untersuchung derjenigen Zwecke und Motive, die für einen Unterhaltsverzicht "im Zusammenhang mit der Scheidung" maßgeblich sein können, zeigt sich zunächst ein wesentlicher Unterschied zum früheren Recht, da die früher häufig einen Unterhaltsverzicht auslösenden Gründe wegen der Verschuldensunabhängigkeit der Unterhaltspflicht weitgehend entfallen sind.

Nach geltendem Unterhaltsrecht kann wohl in erster Linie an folgende Zwecke und Beweggründe gedacht werden:

- "Erkaufen" einer beschleunigten Scheidung: Hier kann in erster Linie an das Erkaufen einer Zustimmung zur Scheidung gedacht werden (§ 1566 Abs 1); zudem kommt aber auch das "Erkaufen" des übereinstimmenden gemeinsamen Vortrags über den Ablauf des Trennungsjahres, das in Wahrheit gar nicht eingehalten ist, in Betracht. Letzteres Motiv ist nicht billigenstwert, da das Gesetz "vorschnelle" Scheidungen verhindern

1) Auch hier kommt es nicht auf die Kenntnis der Parteien an, wenngleich sich dieses strengere Verständnis des Tatbestandes des § 138 in der Praxis kaum auswirken dürfte, da dem Ehegatten die tatsächlichen Umstände regelmäßig gut bekannt sein werden.

will. Der Gesichtspunkt der Beschleunigung des Scheidungsverfahrens wird jedoch im Hinblick auf § 1586 selten kausal für die Zahlungspflicht Dritter sein, weil ein Interesse an beschleunigter Scheidung vielfach wegen einer ins Auge gefaßten alsbaldigen Wiederheirat bestehen wird.

- Vermeidung der Aufdeckung der Vermögensverhältnisse: Insoweit bietet sich jedoch weniger ein Ausschluß des Unterhalts an, als vielmehr eine Vereinbarung über die Höhe des Unterhalts. Zumindest aus der Sicht des Verzichtenden erscheint ein Verzicht wenig naheliegend, da bei Inanspruchnahme der Verwandten oder der Sozialhilfe auch eine Aufdeckung der Vermögensverhältnisse geboten ist.
- "Erkaufen" von Zugeständnissen bei der elterlichen Sorge: Eine solche Verbindung von Sorgerecht und Unterhaltsverzicht dürfte jedoch häufig fehlschlagen, da § 1671 den Eltern nur ein "kontrolliertes Dispositionsrecht"¹ gibt und ein Abweichen des Gerichts vom übereinstimmenden Vorschlag der Eltern nach § 1671 Abs 3 dann naheliegt, wenn das Sorgerecht einem aufgrund des Unterhaltsverzichts mittellosen Elternteil übertragen werden soll. Eine solche Abweichung wird regelmäßig zum Wohl des Kindes erforderlich sein, da die Gefahr besteht, daß der für die Sorge vorgeschlagene Elternteil die dem Kind zustehende Unterhaltsrente mit in Anspruch nimmt².
- "Erkaufen" von höheren Leistungen im Versorgungsausgleich: Eine solche Regelung wird sich vielfach wegen § 1587 o Abs 1 S 2, der das Verbot des sogenannten Supersplitting normiert, verbieten.
- "Erkaufen" von höheren Leistungen beim Zugewinnausgleich: Unabhängig von der umstrittenen Frage der Zulässigkeit einer Erhöhung der Zugewinnausgleichs-

1) Begriff bei Gernhuber § 56 III 1.

2) So auch Lüderitz FamRZ 75, 605, 607.

Quote¹ dürfte hier vielfach die Bedürftigkeit entfallen, soweit der Zugewinnausgleichsbetrag beträchtlich ist.

- Ausprägung des Wunsches, sich vom Ehegatten, der einen enttäuscht hat, auch wirtschaftlich endgültig zu trennen: Ein solcher Wunsch erscheint im Falle absehbarer Bedürftigkeit unrealistisch, da sich kaum jemand "aus Stolz" der Gefahr aussetzen wird, zum Sozialhilfebedürftigen zu werden. Im übrigen wird den Eheleuten, die einen Verzicht erst während der Scheidung schließen, mit der Begründung, eine wirtschaftliche Unabhängigkeit nach der Scheidung entspreche ihrer Grundeinstellung zur Ehe, vorgehalten werden müssen, daß es naheliegender gewesen wäre, diese Grundhaltung schon durch eine Unterhaltsvereinbarung zu einem weit früheren Zeitpunkt zu manifestieren.

Es ist nicht auszuschließen, daß im Einzelfall andere als die hier angesprochenen Motive oder Zwecke zur Verichtsvereinbarung geführt haben; eine vollständige Erfassung aller Motive ist wegen der Vielfalt der denkbaren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse nicht möglich. Insoweit obliegt es dem Gericht, im Einzelfall die Zwecke und Beweggründe der Ehegatten möglichst umfassend aufzudecken.

Im Ergebnis kann jedenfalls festgestellt werden, daß sich keineswegs wie im früheren Unterhaltsrecht eine Reihe naheliegender billigenswerter Motive aufdrängt die dem Verzicht trotz seiner klar voraussehbaren unerwünschten Auswirkungen einen noch sittengemäßen Gesamtcharakter geben.

c Wertung und Ergebnis zu Unterhaltsverzichten "im Zusammenhang mit der Scheidung"

Als Ergebnis der Untersuchung ergibt sich damit folgen-

1) Vgl zum Streitstand Holzhauser S. 69 f.

des: Im Vergleich zur früheren Rechtslage ist festzustellen, daß zum einen die objektive Vorhersehbarkeit der Schädigung Dritter so zugenommen hat, daß sich diese Folge dem objektiven Betrachter sogar in einem Teil der Fälle als eine mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintretende zwangsläufige Folge des Unterhaltsverzichts aufdrängen muß. Zum anderen sind kaum typische Beweggründe und Zwecke denkbar, die, wie dies im früheren Unterhaltsrecht der Fall war, als billigenswert anzusehen sind. Auf dieser Grundlage gelangte ich zu folgendem Ergebnis:

In all den Fällen, in denen sich die später eingetretene Notwendigkeit der Inanspruchnahme Dritter bei objektiver Betrachtung bereits im Zeitpunkt der Verzichtsvereinbarung als die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit voraussehbare Folge des Verzichts vorhersehen ließ, ist dies eine unmittelbare Auswirkung des Rechtsgeschäfts, die von der Rechtsordnung nicht erwünscht ist, da die Privatautonomie dort ihre Grenzen findet, wo die schutzwürdigen Interessen Dritter entgegenstehen. Diese unerwünschte Auswirkung hat wegen ihrer konkreten Voraussehbarkeit im Rahmen der Würdigung der Gesamtumstände des Rechtsgeschäfts ein solches Gewicht, daß daneben mißbilligenswerte subjektive Elemente nicht mehr zu verlangen sind, um das Rechtsgeschäft insgesamt als sittenwidrig anzusehen. Diese Folge ergibt sich allerdings erst aus einer vorläufigen Würdigung der objektiven und subjektiven Gesamtumstände, wobei die Besonderheit darin liegt, daß dem hohen Maß der Gefahr für Dritte, das dem Rechtsgeschäft innewohnt, keine typischen billigenswerten subjektiven Umstände entgegengesetzt werden können. Dieses vorläufige Ergebnis ist aber dann korrekturbedürftig, wenn es den Ehegatten im Einzelfall gelingt, achtenswerte Motive oder Zwecke vorzutragen und nachzuweisen, die dem Verzicht einen noch mit den guten Sitten vereinbaren Gesamtcharakter geben. Ein solcher Nachweis

kann zwar nicht völlig ausgeschlossen werden, er erscheint jedoch nach der oben vorgenommenen Untersuchung naheliegender Beweggründe und Zwecke als so wenig wahrscheinlich, daß in der Regel von einem Fehlen achtenswerter subjektiver Elemente ausgegangen werden darf. Sollten die Parteien solche im Einzelfall jedoch nachweisen können, so ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung abzuwägen, ob diese subjektiven Elemente im Verhältnis zu der unerwünschten objektiven Auswirkung des Verzichts ein solches Gewicht haben, daß sie dem Verzicht einen noch sittengemäßen Gesamtcharakter verleihen.

Bei dieser Lösung wird die allgemeine Beweislastregel zu § 138, wonach derjenige, der sich auf Sittenwidrigkeit beruft, das Vorliegen der zu diesem Urteil führenden Umstände darlegen und beweisen muß, nur scheinbar umgekehrt: Durch Darlegung und Beweis derjenigen Umstände, die zu der Erkenntnis führen, daß die Inanspruchnahme Dritter bereits bei Verzichtsabschluß als mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintretende Folge des Verzichts voraussehbar war, hat der Beweispflichtige das seinige getan. Wegen der Entbehrlichkeit mißbilligenswerter subjektiver Elemente hat er damit seiner Darlegungs- und Beweislast genügt. Solange die Vertragsparteien schweigen, muß das Rechtsgeschäft schon wegen dieser Umstände als sittenwidrig angesehen werden. Es ist deren Pflicht, Ausnahmetatbestände vorzutragen, die ausnahmsweise eine von der Regel abweichende Gesamtwertung zulassen. Derartige Ausnahmetatbestände können, wie gezeigt, nur in achtenswerten Beweggründen oder Zwecken der Vereinbarung liegen.

2. Teil: RÜCKGRIFFSMÖGLICHKEITEN DES UNTERHALT LEISTENDEN VERWANDTEN

Im zweiten Teil der Arbeit sollen die Rückgriffsmöglichkeiten desjenigen Verwandten¹ gegen den unterhaltspflichtigen Ehegatten untersucht werden, der dem Unterhaltsberechtigten anstelle des an sich verpflichteten Ehegatten Unterhalt gewährt hat.

A Darstellung des untersuchten Lebenssachverhalts

Folgende Fallkonstellation dient dabei als Leitbild: Der Bedürftige, der mit seinem früheren Ehegatten einer nach § 138 unwirksamen Unterhaltsverzicht geschlossen hatte, nimmt diesen nach der Scheidung nicht in Anspruch, und zwar entweder, weil er den Verzicht für wirksam hält oder weil er den Verzicht mit Schädigungsabsicht eingegangen ist und demgemäß den Verpflichteten gerade schonen will. Vielmehr wendet er sich an gemäß §§ 1601 ff unterhaltspflichtige Verwandte - dies dürften in der Regel Eltern oder Kinder sein -, von denen er auch unterhalten wird. Grund für diese Unterhaltsgewährung kann einmal sein, daß der Verwandte von der Wirksamkeit des Verzichts ausgeht und sich daher aufgrund der Regelungen des Verwandtenunterhalts für verpflichtet halten muß. An einen möglichen Rückgriff gegen den unterhaltspflichtigen Ehegatten wird der Verwandte in diesen Fällen zunächst nicht denken.

Erkennt er später die Unwirksamkeit des Verzichts und damit seine eigene Nichtschuld, so wird er in der Re-

1) Dagegen sollen die Rückgriffsmöglichkeiten der Sozialhilfeträger, die einen bedürftigen geschiedenen Ehegatten trotz Vorhandenseins vorrangig Verpflichteter unterstützt haben, hier unerörtert bleiben. Der Regreß wird in diesen Fällen wegen der speziellen Regelung in § 90 BSHG, auf die bereits im 1. Teil eingegangen wurde, regelmäßig keine besonderen Rechtsprobleme aufwerfen.

gel von einer Rückforderung des Geleisteten absehen: Zum einen dürften hier die verwandtschaftlichen Bande eine Rolle spielen, insbesondere wird sich der Verwandte jedoch sagen müssen, daß beim Empfänger der Unterhaltszahlungen in der Regel "nichts zu holen" sein wird, da dieser sie zweckentsprechend verbraucht haben wird. Dies dürfte auch der Grund dafür sein, daß sich in der Rechtsprechung keine Fälle finden, in denen nicht geschuldeter Unterhalt vom Empfänger herausverlangt wird. Vielmehr wird der Leistende daran interessiert sein, den wahren Verpflichteten im Regreßweg in Anspruch zu nehmen.

Es ist aber auch denkbar, daß der zahlende Verwandte die Unwirksamkeit des Verzichts - und damit das Fehlen einer eigenen Verpflichtung - von vornherein erkannt oder zumindest für nicht ausgeschlossen gehalten hat. In diesem Fall kann der Verwandte die Unterhaltsleistungen mit Rückgriffswillen erbracht haben, wenn er nur "vorläufig" die Sicherung der Bedürfnisse des Unterhaltsberechtigten erreichen wollte. Er kann jedoch auch ohne Rückgriffswillen geleistet haben, etwa um einer gerichtlichen Auseinandersetzung in "Familienangelegenheiten" aus dem Wege zu gehen oder aus Prozeßfurcht. Auch in diesen Fällen kann sich der Zahlende jedoch später zu einem Rückgriff entschließen.

Rückgriffsklagen infolge sittenwidriger Unterhaltsverzichtes seitens eines in Anspruch genommenen Sozialhilfeträgers werden, wie oben dargestellt wurde, in der Rechtsprechung immer wieder entschieden.

Der privatrechtliche Unterhaltsregreß hat im Nichtehelichenrecht unter Geltung des § 1709 aF eine bedeutsame Rolle gespielt, ist jedoch seit der Neuregelung in § 1615 b durch die erhebliche Ausdehnung der cessio legis von einer Vielzahl von Rechtsproblemen befreit worden.

Der hier zu behandelnde Fall des privatrechtlichen Unterhaltsregresses infolge nichtiger Unterhaltsverzichtes spielte dagegen bisher in der Rechtsprechung keine Rolle. Gleichwohl erscheint es angebracht, auf diese Problematik, die, wie die Untersuchung zeigen wird, eine Reihe bislang nicht erschöpfend untersuchter Rechtsfragen aufwirft, näher einzugehen.

B Rückgriffsmöglichkeit gemäß § 1584 S 3 iVm
§ 1607 Abs 2

In Betracht kommt zunächst eine Inanspruchnahme des Verpflichteten aus übergegangenem Recht gemäß § 1584 S 3 iVm § 1607 Abs 2 S 2. Danach geht der Anspruch des Berechtigten gegen den unterhaltspflichtigen geschiedenen Ehegatten auf einen gemäß § 1607 Abs 2 S 1 iVm Abs 1 unterhaltspflichtigen Verwandten des Bedürftigen über, soweit dieser dem Bedürftigen Unterhalt gewährt.

Ein Anspruchsübergang nach § 1584 S 3 iVm § 1607 Abs 2 verlangt daher - anders als die cessio-legis-Regel in § 1615 b, die auch einen Anspruchsübergang auf einen Nichtverpflichteten vorsieht¹ -, daß ein unterhaltspflichtiger Verwandter Unterhalt erbracht hat. Damit scheidet ein Rückgriff nach den genannten Vorschriften von vornherein aus, wenn etwa ein Onkel den Bedürftigen unterhalten hat (vgl § 1601).

I Auslegung des § 1607 Abs 2 S 1

Die Unterhaltspflicht eines Verwandten des Bedürftigen kann neben einem unterhaltspflichtigen geschiedenen Ehegatten, der gemäß § 1584 S 1 grundsätzlich vor dem Verwandten haftet, nur in zwei Fällen eintreten: Zum einen, wenn der unterhaltspflichtige geschiedene Ehegatte nicht leistungsfähig ist (§ 1584 S 2), zum ande-

1) Zu § 1615 b näher unten S. 156 ff.

ren, wenn er zwar leistungsfähig ist, die Rechtsverfolgung gegen ihn jedoch im Inland ausgeschlossen oder erheblich erschwert ist (§ 1584 S 3 iVm § 1607 Abs 2 S 1). Nur im letzteren Fall¹ geht der Anspruch auf den verpflichteten Verwandten² insoweit über, als dieser dem Bedürftigen Unterhalt gewährt hat. Entscheidende Tatbestandsvoraussetzung für einen Anspruchsübergang ist daher, daß die Rechtsverfolgung gegen den geschiedenen Ehegatten im Inland ausgeschlossen oder erheblich erschwert ist. Wann ein solcher Fall vorliegt, ist durch Auslegung des § 1607 Abs 2 S 1 zu ermitteln.

1 Auslegung nach dem Wortsinn

Ausgangspunkt und zugleich Grenze jeder Auslegung ist der (noch) mögliche Wortsinn des Gesetzes. Vorrangig ist dabei vor dem allgemeinen Sprachgebrauch derjenige des Gesetzes, soweit ein solcher feststellbar ist³.

a Spezieller Sprachgebrauch des Gesetzes

Während ein Ausschluß der Rechtsverfolgung im BGB sonst nicht angesprochen wird, taucht der Begriff der Rechtsverfolgungs-Erschwerung auch in §§ 773 Abs 1 Ziff 2 und 775 Abs 1 Ziff 2 auf. In beiden wortgleichen Bestimmun-

1) Vgl " gegen einen solchen Verwandten" in § 1607 Abs 2 S 2 (dies muß bei entsprechender Anwendung des § 1607 Abs 2 über § 1584 S 3 als "geschiedenen Ehegatten" gelesen werden).

2) Trotz des insoweit nicht ganz eindeutigen Wortlauts des § 1607 Abs 2 S 2, der nur von "einem" anderen Verwandten spricht, ist anerkannt, daß damit nur ein nach § 1607 Abs 2 S 1 iVm Abs 1 verpflichteter Verwandter gemeint ist, so MK/Köhler § 1607 Rdn 6: "der nachrangig Verpflichtete"
Holzhauer S. 13
Staud/Gotthardt 10./11. Aufl § 1607 Rdn 20
RGRK/Mutschler § 1607 Rdn 6.

3) Larenz, Methodenlehre, Kap 4, 2 a.

gen wird der Begriff der Rechtsverfolgungser schwerung jedoch durch die Aufstellung einzelner sich aus einem Ortswechsel des Schuldners ergebender Arten von Erschwerungen näher bestimmt, woraus deutlich wird, daß §§ 773, 775 nur einen Teil denkbarer Rechtsverfolgungser schwerungen erfassen sollen. Andernfalls wäre die Einschränkung des Begriffs durch weitere Voraussetzungen nicht erforderlich. Es ist daher anerkannt, daß den genannten Vorschriften keine allgemeingültige Begriffsbestimmung entnommen werden kann¹.

b Allgemeiner Wortsinn

Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch kann der Begriff der Rechtsverfolgung zunächst unter Betonung des zweiten Wortbestandteils dahin verstanden werden, daß es nur um die Verfolgung, also die Durchsetzung eines bestehenden Rechts im Sinne eines bestimmten Anspruchs geht. Dann wird der Begriff gleichbedeutend mit "Anspruchsdurchsetzung" verstanden.

Es ist unter Zugrundelegung eines weiteren Verständnisses jedoch nach dem allgemeinen Sprachgebrauch auch möglich, unter Rechtsverfolgung allgemein jede rechtliche, insbesondere auch gerichtliche Überprüfung eines bestimmten Lebenssachverhalts dahin zu verstehen, ob sich aus diesem Sachverhalt einzelne Rechte ergeben. Dieses Verständnis setzt also nicht das Bestehen eines bestimmten Anspruchs voraus, so daß von einer Erschwerung der Rechtsverfolgung in diesem Sinne möglicherweise schon dann gesprochen werden könnte, wenn die rechtliche Überprüfung des Lebenssachverhalts besondere rechtliche Probleme aufwirft. Dieses Verständnis hätte für das Unterhaltsrecht die Konsequenz, daß die Haftung des Verwandten schon dann ausgelöst würde, wenn die Feststellung des Unterhaltsanspruchs des Be-

1) Staud/Gotthardt § 1607 Rdn 17.

dürftigen nach §§ 1569 ff rechtlich besonders problematisch wäre, etwa weil das Eingreifen eines Ausschlusses nach § 1579 umstritten ist.

Eine solch weitgehende Bedeutung kann dem Begriff der Rechtsverfolgung in § 1607 Abs 2 S 1, wie sich aus dem Gesamtwortlaut der Vorschrift ergibt, jedoch nicht beilegt werden. In § 1607 Abs 2 S 1 muß die Rechtsverfolgung "ausgeschlossen oder erheblich erschwert" sein, was bedeutet, daß die Erschwerung in der Wirkung einem Ausschluß der Rechtsverfolgung nahe kommen muß. Die Voraussetzung des "Ausschlusses" der Rechtsverfolgung macht aber klar, daß in § 1607 Abs 2 S 1 das Bestehen eines Anspruchs vorausgesetzt ist und das Hindernis lediglich dessen Durchsetzung betrifft; eine Rechtsverfolgung kann nie deshalb "ausgeschlossen" sein, weil die Rechtsfindung problematisch ist.

Dementsprechend wird in den von Rechtsprechung und Lehre herausgearbeiteten Definitionen der Rechtsverfolgungserschwerung zutreffenderweise eine Behinderung der Rechts-Durchsetzung verlangt¹.

Die Rechtsverfolgung (im Inland) ist immer dann ausgeschlossen, wenn sich der Schuldner im Ausland aufhält. Eine erhebliche Erschwerung wird trotz der Möglichkeit der öffentlichen Zustellung (§§ 203 ff ZPO) angenommen, wenn der Unterhaltspflichtige unbekannten Aufenthalts

1) Staud/Gotthardt § 1607 Rdn 17
Pal/Diederichsen § 1607 Anm 3
Göppinger/Wenz Rdn 1226 aE
Inhaltlich ähnlich schon die Motive (Mot IV, 695), die annehmen, die Regelung des § 1487 Abs 2 (der spätere § 1607 Abs 2) sei aus dem eine "rasche Durchführung erheischenden Zweck des Unterhaltsanspruchs geboten".
Ähnlich BGHZ 43, 1 ff = NJW 65, 581 = FamRZ 65, 200, 203, der verlangt, der zunächst Unterhaltspflichtige dürfe nicht oder nur schwer "belangbar sein" und damit das Bestehen eines Anspruchs impliziert.
AG Alsfeld DAVorm 74, 519 nimmt eine Rechtsverfolgungserschwerung dann an, wenn "ein Vorgehen gegen den primär Verpflichteten praktisch nutzlos erscheine".

ist¹. Gleiches gilt, wenn der Schuldner keiner geregelten Arbeit nachgeht², ständig, ohne etwa aus beruflichen Gründen dazu gezwungen zu sein, den Wohnsitz wechselt³ oder zu erwarten ist, daß sich der Schuldner der Zwangsvollstreckung erfolgreich entziehen wird⁴.

Derartige Rechtsverfolgungser schwerungen können im Einzelfall auch in den hier zu behandelnden Fällen des Unterhaltsverzichts vorliegen, womit der Rückgriff nach § 1607 Abs 2 unproblematisch ist. Diesen Fällen soll hier jedoch nicht näher nachgegangen werden⁵. Vielmehr soll untersucht werden, ob allein der Abschluß des - nichtigen - Unterhaltsverzichts eine Rechtsverfolgungser schwerung darstellen kann. Als Hindernis bei der Rechtsverfolgung kommt dann entweder eine im Hinblick auf den geschlossenen Verzicht erklärte Weigerung des Ehegatten, Unterhalt zu leisten - also ein in der Person des Schuldners liegendes Hindernis - in Betracht oder die Fehlvorstellung des Berechtigten hinsichtlich des eigenen Anspruchs. Eine solche Fehlvorstellung setzt voraus, daß der Bedürftige den Verzicht für wirksam und damit für sich bindend hält. Erkennt er dagegen aufgrund zutreffender rechtlicher Würdigung die Nichtigkeit des Verzichts, so stellt allein die Weigerung des Schuldners, Unterhalt zu leisten, keine Erschwerung der Rechtsverfolgung dar. Allein die Unterhaltsverweigerung des Schuldners macht eine - ge-

1) RG Warn 1910, 286
AK/Derleder § 1607 Rdn 2
MK/Köhler § 1607 Rdn 5.

2) RG SeuffA 62, 194.

3) Erman/Küchenhoff § 1607 Rdn 2
AK/Derleder § 1607 Rdn 2.

4) RG Warn 1910, 286.

5) Auf die Frage, ob der Rückgriff in diesen Fällen den Schranken des § 1613 unterliegt, soll unten im Zusammenhang mit Rückgriffsmöglichkeiten nach GoA oder § 812 eingegangen werden.

richtliche - Rechtsverfolgung erst erforderlich, sie erschwert diese jedoch nicht. Die Einleitung eines aussichtsreichen Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahrens werden dem Gläubiger durch § 16o7 Abs 2 S 1 nicht abgenommen¹.

Damit bleiben die Fälle zu behandeln, in denen das Verfolgungshindernis lediglich in der Fehlvorstellung des Bedürftigen über seine eigenen Rechte liegt. Eine solche Fehlvorstellung kann den Anspruchsinhaber zwar von einer Rechtsverfolgung abhalten, dieses Hindernis betrifft jedoch unmittelbar nur den jeder Rechtsverfolgung vorgelagerten Bereich der Rechtskenntnis, die sich allerdings mittelbar auf die Rechtsverfolgung auswirkt, da kaum jemand ein Recht geltend macht, das er selbst nicht für existent hält. Dabei liegt der Grund für das Hindernis aber im Gegensatz zu den oben angesprochenen "Schuldfällen" des § 16o7 Abs 2 S 1 nicht in einem Verhalten des Schuldners, sondern im Vorstellungsbereich des Gläubigers und ist damit ein Hindernis subjektiver Art, das für einen anderen Gläubiger in derselben Situation keineswegs zu bestehen braucht. Dem Wortlaut des § 16o7 Abs 2 S 1 kann aus einem Vergleich mit der alternativen Voraussetzung des Rechtsverfolgungsausschlusses, die nur objektiv verstanden werden kann, entnommen werden, daß ein solches subjektives Hindernis in der Person des Anspruchsinhabers nicht als Rechtsverfolgungserschwerung anzusehen ist. Da die "Erschwerung" eine dem Ausschluß nahekommende Wirkung haben muß, können auch hier nur objektive Umstände zu berücksichtigen sein. Im übrigen kann die durch Rechtsunkenntnis begründete

1) In diesen Fällen kann daher von einer erheblichen Verfolgungserschwerung nur bei Hinzutreten weiterer Umstände, insbesondere der Ankündigung des Schuldners, er werde sich im Falle einer gerichtlichen Geltendmachung der Zwangsvollstreckung entziehen, gesprochen werden.

Behinderung der Rechtsverfolgung nicht als "erhebliche" Erschwerung angesehen werden. Erheblich kann die Erschwerung nur sein, wenn sie deutlich über das Maß der mit jeder Rechtsverfolgung verbundenen Schwierigkeiten hinausgeht und so geartet ist, daß durch sie eine Gefahr für die Existenz des Unterhaltsberechtigten begründet wird¹. Eine so weitgehende Behinderung kann jedoch im Falle einer Fehlvorstellung des Berechtigten hinsichtlich der Rechtslage nicht angenommen werden, da dieses Hindernis durch Einholung einer Rechtsauskunft beseitigt werden kann. Diese kann dem Bedürftigen auch zugemutet werden, da es keine außerordentliche Behinderung darstellt, zur Rechtsverfolgung die Hilfe Rechtskundiger in Anspruch zu nehmen.

Damit fällt im Ergebnis die subjektive Fehlvorstellung des Bedürftigen über den Bestand seines Anspruchs schon dem Wortlaut nach nicht unter § 1607 Abs 2 S 1.

2 Berücksichtigung des Bedeutungszusammenhangs des Gesetzes (systematische Auslegung)

Dieses Ergebnis wird bestätigt durch eine am Gesetzeszweck orientierte Auslegung:

Wie oben angesprochen, setzt der Anspruchsübergang nach § 1607 Abs 2 S 2 eine Haftung des Verwandten voraus, obwohl der geschiedene Ehegatte unterhaltspflichtig und leistungsfähig ist. Der Anspruchsübergang kann damit als gesetzliche Gegenleistung für die Durchbrechung des Subsidiaritätsprinzips verstanden werden, die die Bereitschaft des Verwandten zur Unterhaltsgewährung fördern soll². Da die Unterhaltspflicht des geschiedenen Ehegatten im Falle einer Rechtsverfolgungserschwerung gegen ihn nicht wie im Falle seiner Leistungsunfähigkeit (§ 1584 S 2) erlischt, sondern

1) Staud/Gotthardt § 1607 Rdn 17.

2) Göppinger/Stöckle Rdn 1408.

fortbesteht, stehen dem Bedürftigen im Falle des § 16o7 Abs 2 S 1 zwei Unterhaltsschuldner gleichrangig zur Wahl¹. Der Zweck dieser Zurverfügungstellung eines zweiten, gleichrangig haftenden, aber leichter in Anspruch zu nehmenden Schuldners ergibt sich aus der Natur des Unterhaltsanspruchs: Dem Bedürftigen soll die Beschaffung seines gegenwärtigen Lebensbedarfs erleichtert werden. Da der Unterhaltsanspruch eine aktuelle Bedürfnislage des Berechtigten beseitigen soll, wird es dem Bedürftigen nicht zugemutet, erst gerichtlich gegen den geschiedenen Ehegatten vorzugehen, obwohl zu befürchten ist, daß die Rechtsverfolgung gegen ihn ergebnislos verlaufen wird. Das Risiko, daß der Erstverpflichtete nicht oder nur schwer zu belangen ist, wird damit dem Unterhaltsberechtigten abgenommen und dem Zweitverpflichteten aufgebürdet, der als Ausgleich im Regreßweg versuchen kann, den schwer verfolgbaren Anspruch, der nach § 16o7 Abs 2 S 2 im Umfang seiner Zahlungen auf ihn übergeht, zu realisieren.

Dem Gesetzeszweck, dem Bedürftigen die Rechtsverfolgung, also die Sicherung seines Unterhaltsbedarfs zu erleichtern, kann durch Zurverfügungstellen eines zweiten Schuldners nur gedient werden, wenn diese "Vermehrung" der Schuldner eine tatsächliche Erleichterung für den Unterhaltsberechtigten bewirkt. Nur dann besteht Anlaß, die grundsätzliche gesetzgeberische Wertung der Subsidiarität des Verwandtenunterhalts zu durchbrechen.

Eine solche Erleichterung tritt in den "Schulfällen" des § 16o7 Abs 2 S 1 ein, wenn nicht gerade auch der zusätzlich Verpflichtete sich der Inanspruchnahme ent-

1) Das Verhältnis zwischen den beiden Schuldnern kann nur das einer Gesamtschuld sein. Wie die damit ermöglichte "Wahl" ausfallen wird, ist freilich angesichts der Erschwerung der Rechtsverfolgung gegen einen der beiden zur Wahl Stehenden leicht vorzusehen.

zieht. Anders ist es jedoch, wenn der Bedürftige die Rechtslage verkennt. Er kann nämlich nicht sicher sein, mit dem Verwandten den richtigen Schuldner in Anspruch zu nehmen. Verweigert dieser die Unterhaltsgewährung, weil er den Verzicht zutreffenderweise für unwirksam hält, muß der Unterhaltsberechtigte dessen Unterhaltspflicht im Prozeß nachweisen. Das kann, soweit der geschiedene Ehegatte nach §§ 1569 ff unterhaltspflichtig und auch leistungsfähig (§ 1584 S 2) ist, nur dadurch geschehen, daß er die Voraussetzungen des § 1607 Abs 2 S 1, für deren Vorliegen er nach allgemeinen Grundsätzen als anspruchsbegründende Voraussetzungen beweispflichtig ist¹, nachweist. Da hier das Verfolgungshindernis aber lediglich in einer Fehlvorstellung über die Rechtslage besteht, entfielen das Hindernis, sobald im Prozeß die wahre Rechtslage aufgedeckt wird. Die Folge wäre, daß der Bedürftige den Rechtsstreit gegen den Verwandten verlieren würde und sich nunmehr doch an den geschiedenen Ehegatten halten müßte. Verweigert dieser nunmehr die Unterhaltsgewährung, so wäre gegenüber ihm Klageerhebung geboten; die in dem ersten Rechtsstreit inzidenter festgestellte Nichtigkeit des Unterhaltsverzichts hätte nämlich ihm gegenüber keine Rechtskraftwirkung (§ 325 ZPO). Daß hierin keine Erleichterung der Rechtsverfolgung für den Bedürftigen liegt, ist offensichtlich.

Dieses Ergebnis wird schließlich auch durch eine Rechtsfolgenbetrachtung bestätigt: Könnte allein die Fehlvorstellung des Bedürftigen die Unterhaltspflicht des Verwandten nach § 1607 Abs 2 S 1 auslösen, so hätte es dieser praktisch selbst in der Hand, durch die Behauptung, er habe den Unterhaltsverzicht für wirksam gehalten, die Anzahl seiner Unterhaltsschuldner zu vermehren. Auch diese Überlegung zeigt, daß die Eintritts-

1) RG JW 1901, 481
MK/Köhler § 1607 Rdn 5.

pflicht des Verwandten nur durch objektive Hindernisse bei der Rechtsverfolgung gegen den geschiedenen Ehegatten ausgelöst werden kann.

II Analoge Anwendung des § 1607 Abs 2

Möglicherweise kann § 1607 Abs 2 auf Fälle, in denen der Bedürftige eine Rechtsverfolgung gegen den wahren Verpflichteten wegen Fehleinschätzung der Rechtslage unterläßt, analog angewendet werden. Wegen des engen inneren Zusammenhangs der Verpflichtung nach § 1607 Abs 2 S 1 und dem als Ausgleich dafür konzipierten Anspruchsübergang nach § 1607 Abs 2 S 2 kommt nur eine analoge Anwendung beider Regelungen gemeinsam in Betracht.

Voraussetzung für eine Analogie ist, daß das Gesetz¹ lückenhaft ist, wobei es sich um eine sogenannte "planwidrige"² Lückenhaftigkeit handeln muß, d h es darf sich nicht um eine vom Gesetzgeber gewollte Unvollständigkeit handeln. Zur Beurteilung der Planwidrigkeit der Gesetzeslücke ist die gesetzgeberische Vorstellung durch Auslegung des Gesetzes zu ermitteln³.

Da die Tatbestandsvoraussetzung der Rechtsverfolgungser schwerung in § 1607 Abs 2 S 1 objektiv zu verstehen ist, wird der vorliegende Fall einer Rechtsverfolgungs-Behinderung beim Gläubiger aufgrund Rechtsunkenntnis vom Wortlaut des § 1607 Abs 2 nicht erfaßt. Es bestehen aber schon Zweifel, ob es sich bei der dadurch ent-

1) Gesetz hier abgekürzt verstanden als die Gesamtheit der Rechtsnormen in der ihr durch ständige Rspr und Gewohnheitsrecht gegebenen Ausprägung, vgl Larenz, Methodenlehre, S. 354.

2) Der Begriff stammt von Elze, Lücken im Gesetz, S. 3 ff; weitere Nachweise bei Larenz, Methodenlehre, S. 358 Fn. 16.

3) Larenz, Methodenlehre, S. 358.

stehenden Gesetzeslücke um eine planwidrige handelt. Derjenige, der aus Verkennung der Rechtslage den richtigen Schuldner nicht in Anspruch nimmt, wird vom Gesetz allgemein nicht geschützt. Zudem stimmt die objektive Auslegung des Begriffs der Rechtsverfolgungsschwerung in § 16o7 Abs 2 S 1 mit der gesetzgeberischen Wertung in §§ 773 Abs 1 Ziff 2, 775 Abs 1 Ziff 2, die ebenfalls auf objektive Umstände einer Verfolgungsschwerung abstellt, überein. Danach spricht vieles dafür, daß der Gesetzgeber § 16o7 Abs 2 bewußt objektiv gefaßt hat, um das Entstehen einer Eintrittspflicht für nachrangig Verpflichtete nicht von subjektiven Umständen in der jeweiligen Person des Gläubigers abhängig zu machen.

Jedenfalls kommt aber eine Ausfüllung dieser Gesetzeslücke durch eine Analogie des § 16o7 Abs 2 im Ergebnis nicht in Betracht. Analogie bedeutet nämlich die Übertragung der für einen Tatbestand im Gesetz vorgesehenen Regel auf einen vom Gesetz nicht geregelten anderen Tatbestand. Die Übertragung der Regel setzt jedoch voraus, daß beide Tatbestände, auf die sie angewendet wird, gleich zu bewerten, sich also ähnlich sind. Grundlage der Analogie ist daher die Überlegung, daß Gleichartige gleich behandelt werden muß¹.

Eine solche Gleichartigkeit der Tatbestände kann in den hier untersuchten Fällen nicht festgestellt werden: Die gesetzgeberische Wertung in § 16o7 Abs 2 wägt bewußt zwischen dem Interesse des Bedürftigen, seinen Lebensbedarf erleichtert realisieren zu können und dem Interesse des nachrangig Haftenden an der Einhaltung der Subsidiarität ab. Die strengen Tatbestandsvoraussetzungen in § 16o7 Abs 2 S 1, die zumindest eine erhebliche Verfolgungsschwerung verlangen, stellen klar, daß dem Unterhaltsgläubiger die Überwindung "durchschnittlicher" Verfolgungshindernisse zugemutet werden

1) Larenz, Methodenlehre, Kap 5, 2 b.

soll, ihm also nicht jede Mühe bei der Realisierung seines Unterhaltsanspruchs abgenommen sein soll. Damit wird zugleich der subsidiär Haftende vor überschneller Beanspruchung geschützt. Dessen Interessen werden zudem durch die Anordnung des gesetzlichen Forderungsübergangs, der einen vereinfachten Rückgriff ermöglichen soll, berücksichtigt.

Damit hat der Verwandte in den hier untersuchten Fällen als Nicht-Verpflichteter geleistet, so daß der Anspruch des Bedürftigen gegen den geschiedenen Ehegatten nicht nach § 1607 Abs 2 S 2 auf ihn übergegangen sein kann.

III Analoge Anwendung des § 1615 b

Ein Anspruchsübergang aufgrund direkter Anwendung des § 1615 b scheitert von vornherein daran, daß diese Vorschrift sich auf Unterhaltsleistungen bezieht, die an ein nichteheliches Kind erbracht wurden. Die Entscheidung, ob die Vorschrift auf die vorliegend zu untersuchenden Fälle analog angewendet werden kann, setzt zunächst die nähere Betrachtung des Regelungsgehalts des § 1615 b voraus.

Nach § 1615 b geht der Unterhaltsanspruch des nichtehelichen Kindes gegen seinen Erzeuger auf die dort bezeichneten Personen über, soweit diese dem Kind Unterhalt gewährt haben, ohne daß es darauf ankäme, ob die Rechtsverfolgung gegen den vorrangig haftenden Erzeuger im Inland ausgeschlossen oder erheblich erschwert war. Wenn § 1615 b damit auch anders als § 1607 Abs 2 eine einschränkende Tatbestandsvoraussetzung nicht enthält, so gilt aber auch im Nichtehelichenrecht die *cessio legis* nicht als allgemeiner Regreßmechanismus in dem Sinne, daß jeder, der dem nichtehelichen Kind Unterhalt gewährt, dessen Anspruch gegen den Erzeuger kraft Gesetzes erwürbe. Diese Folge tritt vielmehr nur bei Unterhaltsleistungen seitens einer der in § 1615 b be-

zeichneten Personen ein. Allen aus § 1615 b Rückgriffsberechtigten ist gemein, daß sie - jedenfalls ex post betrachtet - Unterhalt als Nichtverpflichtete geleistet haben.

§ 1615 b Abs 1 S 1, 1. Fall ist insoweit mißverständlich gefaßt, als dort der Regreß "unterhaltspflichtiger Verwandter" geregelt wird. Damit wird jedoch nach richtiger Auffassung keine im Zeitpunkt der Leistung tatsächlich bestehende Unterhaltspflicht vorausgesetzt, sondern nur der Kreis der Rückgriffsberechtigten auf nach §§ 1601 ff potentiell unterhaltspflichtige Verwandte begrenzt¹.

Regreßberechtigt gemäß § 1615 b Abs 1 S 1, 2. Fall ist der "Ehemann der Mutter", womit nur der Stiefvater gemeint sein kann, weil derjenige Ehemann der Mutter, der "als Vater" Unterhalt leistet, von § 1615 b Abs 2 erfaßt wird². Damit hat auch der von § 1615 b Abs 1 S 1, 2. Fall erfaßte Rückgriffsgläubiger im Zeitpunkt seiner Leistung Unterhalt als Nichtverpflichteter erbracht.

Beiden Rückgriffsfällen des § 1615 b Abs 1 S 1 liegt jedoch nicht die Unterhaltsleistung eines Putativschuldners zugrunde, da sowohl die Verwandten als auch der Stiefvater keiner Fehlvorstellung über ihre Unterhaltspflicht unterliegen.

Die Besonderheit der meisten der von § 1615 b Abs 2 erfaßten Fälle liegt in der nur vorläufigen Verpflichtung der Rückgriffsberechtigten.

Zu denjenigen, die "als Vater" Unterhalt leisten, gehören der als ehelicher Vater geltende Ehemann der Mutter (§ 1593) nach erfolgreicher Anfechtung der Ehelich-

1) RGRK/Mutschler § 1615 b Rdn 2 (vgl: "unterhaltspflichtig werden kann")
ausdrücklich auch Holzhauser Wolf-FS S. 237.

2) Pal/Diederichsen § 1615 b Anm 2
Gernhuber § 59 VIII 2 mwNw.

keit, der Mann, der die Vaterschaft anerkannt und anschließend gemäß §§ 1600 g - 1600 m erfolgreich angefochten hat, derjenige, dessen Vaterschaft zunächst durch Gerichtsurteil festgestellt wurde (§ 1600 n Abs 1), der dann aber die Aufhebung dieses Urteils im Wiederaufnahmeverfahren erreicht hat, sowie schließlich derjenige, der aufgrund einstweiliger Verfügung (§ 1615 o) oder einstweiliger Anordnung (§ 641 d ZPO) oder auch nur einer schlichten Vereinbarung ohne vorherige Vaterschaftsfeststellung Unterhalt geleistet hat¹.

In all diesen Fällen war der Zahlende trotz fehlender Verwandtschaft zum Kind im Zeitpunkt seiner Zahlungen unterhaltspflichtig. Diese Pflicht ist aber später rückwirkend entfallen, so daß nur eine vorläufige Verpflichtung bestand. Eine solche besteht für denjenigen Verwandten, der sich in Auswirkung eines - nichtigen - Unterhaltsverzichts für verpflichtet hält, jedoch nicht. Der nichtige Verzicht entfaltet keinerlei Bindungswirkung und bedarf nicht erst der Aufhebung.

Nicht ganz unumstritten ist die Frage, ob § 1615 b Abs 2 auch Unterhaltsleistungen desjenigen erfaßt, der ohne vorläufige Zuordnung zum Kind allein aufgrund der irrigen Annahme, Erzeuger des Kindes zu sein, Unterhalt leistet, wenn sich später herausstellt, daß er nicht der Vater des Kindes ist.

Gernhuber² lehnt in diesen Fällen die Legalzession ab. Dieses eingeschränkte Verständnis des § 1615 b Abs 2 läßt sich zwar aus den seinerzeit zur Analogie des § 1709 Abs 2 aF herangezogenen Überlegungen - Leistung aufgrund tatsächlicher³ oder vermeintlicher⁴ vorläufiger Verpflichtung nach § 1593 - erklären, findet jedoch

1) Vgl. BT-Drs. 7/170 S. 46.

2) § 59 VIII 2 aE.

3) So im Fall BGH FamRZ 57, 167.

4) So im Fall BGH FamRZ 64, 41 ff.

weder im Wortlaut noch im Zweck des § 1615 b Abs 2 eine Stütze. Der von § 1615 b Abs 2 vorausgesetzte Bezug zur Vaterschaft ist auch bei der irrigen Annahme, Vater zu sein, in hinreichendem Maße gegeben. Es ist daher zutreffend, mit der Ansicht der Gesetzesverfasser¹ und der ganz überwiegenden Ansicht in der Lehre² § 1615 b Abs 2 auch auf denjenigen anzuwenden, der Unterhaltsleistungen in der irrigen Annahme einer Vaterschaft erbracht hat.

Allein diese von § 1615 b Abs 2 erfaßte Fallgruppe weist Parallelen zu den hier zu untersuchenden Fällen der Unterhaltsgewährung infolge eines nichtigen Unterhaltsverzichts auf, da der Zahlende in beiden Fällen als Putativschuldner Unterhaltsleistungen ohne auch nur vorläufige rechtliche Verpflichtung allein aufgrund fehlerhafter Vorstellungen leistet. Gleichwohl verbietet sich eine analoge Anwendung des § 1615 b Abs 2 auf die hier untersuchten Fälle.

Zum einen unterscheiden sich beide Sachverhalte insoweit, als Grund für die irrtümliche Leistung im einen Fall eine Fehlvorstellung über den tatsächlichen Umstand der Vaterschaft, im anderen ein bloßer Rechtsirrtum ist.

Zum anderen kann der Regelung in § 1615 b Abs 2 aber auch keine allgemeine gesetzgeberische Entscheidung dahin entnommen werden, daß jeder, der aufgrund irriger Annahme einer Unterhaltsverpflichtung den Bedürftigen an Stelle des wahren Verpflichteten unterhält, durch eine Legalzession begünstigt sein soll. Die Wertung des § 1615 b Abs 2 kann auf andere Fälle der Un-

1) Vgl amtliche Begründung des RegE bei Jansen/Knöpfer S. 191, 192 oben.

2) MK/Köhler § 1615 b Rdn 2 aE
Pal/Diederichsen § 1615 b Anm 2
Engel S. 19 mwNw in Fn 26
AK/Derleder § 1615 b Rdn 1
Erman/Küchenhoff § 1615 b Rdn 2
RGRK/Mutschler § 1615 b Rdn 4.

terhaltsgewährung durch einen Putativschuldner nicht übertragen werden, da sich diese Ausnahmeregel allein aus der mit anderen Regreßsituationen nicht vergleichbaren rechtlichen und tatsächlichen Situation des nichtehelichen Kindes rechtfertigt. Die besonders weitgehende Legalzession in § 1615 b Abs 2 trägt der Besonderheit Rechnung, daß die Abstammung eines nichtehelichen Kindes nicht immer sogleich nach seiner Geburt geklärt werden kann, es aber schon von diesem Zeitpunkt an in besonderem Maße schutzbedürftig ist. Dem entspricht das Gesetz, indem es dem Inanspruchgenommenen durch eine im Verhältnis zu den "Normalfällen" des Unterhaltsregresses erheblich erweiterte Legalzession einen Anreiz bietet, die bestehende Bedürftigkeit - gegebenenfalls nur vorläufig - zu beseitigen. Eine vergleichbare besondere Schutzbedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten besteht beim Geschiedenenunterhalt nicht, so daß dort ein über die Regelung in § 1607 Abs 2 hinausgehender Abbau der Rückgriffsbarrieren nicht geboten ist.

Im Ergebnis scheidet damit eine analoge Anwendung des § 1615 b aus.

C Grundsätze des "familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs"

Auch die vom BGH entwickelte speziell familienrechtliche Rückgriffsmöglichkeit des sogenannten "familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs"¹ bietet hier keine Lösungsmöglichkeit. Diese Rückgriffsmöglichkeit hat der BGH für die Fälle entwickelt, in denen von gleichrangig unterhaltspflichtigen Elternteilen, die nicht Gesamtschuldner sind, der eine dem Kind über seinen Anteil hinausgehende Unterhaltsleistungen gewährt hatte.

Abgesehen davon, daß ein solcher Ausgleichsanspruch

1) So zuerst BGHZ 31, 329, 331 = FamRZ 60, 194 ff
bestätigt in BGHZ 50, 266 = FamRZ 68, 450.

eigener Art jeder gesetzlichen Grundlage entbehrt und seine "Erfindung" schon deshalb überflüssig ist, weil für gleichrangig haftende Unterhaltspflichtige § 1607 Abs 2 entsprechend angewendet werden kann¹, können diese Grundsätze im vorliegenden Fall schon deshalb nicht eingreifen, weil der geschiedene Ehegatte im Verhältnis zu den Verwandten des Unterhaltsberechtigten gemäß § 1584 nicht gleichrangig, sondern vorrangig haftet.

D Rückgriffsmöglichkeiten aus Geschäftsführung ohne Auftrag

Des weiteren ist an eine Rückgriffsmöglichkeit in Form eines Aufwendungsersatzanspruches gemäß §§ 683, 677 zu denken. Da für die hier untersuchte Fallgruppe ein For-derungsübergang gemäß § 1607 Abs 2 - wie oben gezeigt wurde - nicht eingreift, braucht auf die umstrittene Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit der allgemeinen schuldrechtlichen Rückgriffsmöglichkeiten, zu denen außer der Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) die ungerechtfertigte Bereicherung gehört, neben § 1607 II nicht eingegangen zu werden².

I Besorgung eines fremden Geschäfts

Erste Voraussetzung für einen Aufwendungsersatzanspruch aus GoA ist, daß der Anspruchsteller mit der Unterhaltsgewährung ein Geschäft für den Unterhaltspflichtigen besorgt hat.

-
- 1) Pal/Diederichsen § 1607 Anm 1
Soergel/Lange § 1607 Rdn 1, 2
RGK/Mutschler § 1607 Rdn 4 und 6
Holzhauer S. 13, insbes aber auch
BGH NJW 71, 2069, 2070 = FamRZ 71, 573 für den
Fall erhöhter Unterhaltsleistung an das Kind
durch einen Elternteil.
 - 2) Zum Streitstand vgl etwa
Engel, S. 41 ff
Staud/Gotthardt 10./11. Aufl § 1607 Rdn 38 mwNw
MK/Köhler § 1607 Rdn 12.

Das ist bei Leistung von Barunterhalt durch einen Nicht-verpflichteten gegeben, da auch der unterhaltspflichtige Ehegatte gemäß § 1585 Barunterhalt in Form einer monatlichen Unterhaltsrente schuldet. Fraglich ist, ob auch die Gewährung von Naturalunterhalt als Besorgung eines fremden Geschäfts anzusehen ist. Gerade bei Unterhaltung eines geschiedenen Ehegatten durch dessen Verwandte wird in der Praxis häufig der Unterhaltsberechtigte - zumindest vorübergehend - in den Haushalt der unterhaltsleistenden Verwandten aufgenommen werden, so daß ein Großteil seines Unterhaltsbedarfs (Wohnung, Nahrung) durch Naturalleistungen gedeckt wird. Hier ist richtigerweise nicht auf die äußere Verschiedenheit der Unterhaltsbeiträge, sondern auf deren Verwendungsbestimmung und Wirkung beim Empfänger abzustellen¹, so daß auch mit der Gewährung von Naturalunterhalt das Geschäft des barunterhaltspflichtigen Ehegatten besorgt wird.

II Fremdgeschäftsführungswille

Aus dem Wortlaut des § 677, der verlangt, daß das Geschäft "für einen anderen besorgt" wird, folgt die weitere Voraussetzung eines Fremdgeschäftsführungswillens. Dieser setzt das Bewußtsein voraus, in einem fremden Rechtskreis tätig zu werden; daher schließt § 687 Abs 1 folgerichtigerweise die Fälle der irrtümlichen Eigengeschäftsführung aus dem Anwendungsbereich der §§ 677 ff aus.

1 Regelfall: Irrtümliche Eigengeschäftsführung gemäß § 687 Abs 1

Regelmäßig wird der Unterhalt leistende Verwandte, der unter Hinweis auf den geschlossenen Verzicht in Anspruch

1) MK/Seiler § 677 Rdn 25
Wollschläger S. 132 (bzgl § 679).

genommen wird, auf eine vermeintlich eigene Unterhaltspflicht leisten, da er zu diesem Zeitpunkt den Verzicht für wirksam hält. In all diesen Fällen scheitert ein Rückgriff aus GoA an § 687 Abs 1. Etwas anderes kann sich auch nicht aus den zum subjektiven Tatbestand des § 677 entwickelten Beweiserleichterungen ergeben. Nach allgemeiner Ansicht wird zwar zugunsten des Geschäftsführers ein Geschäftsführungswille dann vermutet, wenn dieser ein objektiv fremdes Geschäft geführt hat¹, was bei der Begleichung fremder Unterhaltsschulden der Fall ist. Diese Beweiserleichterung kann jedoch dann nicht gelten, wenn sich aus den Gesamtumständen ergibt, daß der Geschäftsführer offensichtlich aufgrund eines Rechtsirrtums auf eine vermeintlich eigene Verbindlichkeit gezahlt hat. In den Fällen, in denen ein Verwandter dem Bedürftigen aufgrund einer Berufung der Ehegatten auf den abgeschlossenen Verzicht Unterhalt gewährt, geht gerade umgekehrt eine Vermutung dahin, daß der Verwandte seine Leistung wohl oder übel zur Begleichung einer vermeintlichen eigenen Unterhaltsschuld erbringen will. Damit bleibt es bei dem Ausschluß der §§ 677 f durch § 687 Abs 1.

2 Ausnahmsweise Feststellbarkeit eines Fremdgeschäftsführungswillens

Nur in Ausnahmefällen, nämlich dann, wenn der Leistende die Nichtigkeit des Verzichts (und damit seine eigene Nichtschuld) aufgrund zutreffender rechtlicher Würdigung erkennt und in dem Bewußtsein, daß ein anderer

1) Diese Vermutung wurde aufgestellt von BGHZ 40, 28, 31 f (sog Funkenflugfall) und ist seitdem ständige Rspr.
Auch die Lehre hält an der Vermutung fest, vgl etwa Pal/Thomas § 677 Anm 3 a
Jauernig/Vollkommer § 677 Anm 2 c
MK/Seiler § 677 Rdn 5
Larenz SchuldR I § 57 I a.

unterhaltspflichtig ist, leistet, liegt der erforderliche Fremdgeschäftsführungswille vor. Die Darlegungs- und Beweislast dafür liegt hier jedoch nach den allgemeinen Regeln beim Geschäftsführer, da für ihn der Fremdgeschäftsführungswille gerade nicht vermutet wird. Der Nachweis des Fremdgeschäftsführungswillens (im Zeitpunkt der Leistung!¹⁾) wird dem Geschäftsführer daher nur gelingen, wenn er "unter Protest" gezahlt hat, also deutlich gemacht hat, daß er die Schuld des geschiedenen Ehegatten begleichen will, von dem er später Ersatz zu verlangen beabsichtigt.

Sollte danach ausnahmsweise der Nachweis eines Fremdgeschäftsführungswillens gelingen, so stünde § 685 einem Aufwendungsersatzanspruch nicht entgegen: Die Schenkungsvermutung des § 685 Abs 2 gilt nur im Verhältnis von Geber und Empfänger, erfaßt jedoch nicht die Rückgriffsfälle².

3 Zweifel an der eigenen Unterhaltspflicht

Übrig bleiben die - in der Praxis wohl ebenfalls seltenen - Fälle, in denen der Anspruchsteller im Zeitpunkt der Unterhaltsleistung Zweifel an der Wirksamkeit des Verzichts und damit an der eigenen Unterhaltspflicht hat. Der Leistende hält es hier für möglich, daß der geschiedene Ehegatte zahlen muß, schließt es aber auch nicht aus, daß er selbst unterhaltspflichtig ist und unterläßt - zunächst - eine rechtliche Klärung, etwa weil er das Prozeßrisiko scheut oder einfach "um des lieben Friedens willen".

Auch in den Fällen der Unsicherheit über die Schuldnerstellung wird man noch einen Geschäftsführungswil-

1) Eine nachträgliche Änderung der Zielrichtung der Leistung, wie sie bei § 267 diskutiert wird (dazu näher unten S. 180 ff), ist für die GoA-Ansprüche noch nicht vorgeschlagen worden; dem stünde auch der eindeutige Wortlaut des § 687 Abs 1 entgegen.

2) Wollschläger S. 133, 134.

len des Unterhaltsleistenden annehmen müssen. Dies ist anerkannt in den Fällen, in denen feststeht, daß eine von zwei Personen der Schuldner ist, beide aber darum streiten, wer zahlen muß. In dieser Situation muß derjenige, der die Schuld erfüllt, damit rechnen, möglicherweise keinen Ersatz zu erhalten; gleichwohl muß der vorhandene bedingte Geschäftsführungswille als ausreichend erachtet werden, da die Absicht, Rückgriff beim wahren Schuldner zu nehmen, auf jeden Fall vorhanden ist¹.

Dieser Wertung steht auch nicht die Entscheidung des OLG Hamburg² entgegen, in der für den Fall des Zweifels des Zahlenden an der eigenen Unterhaltspflicht ein Erstattungsanspruch aus GoA abgelehnt wurde. Der Entscheidung lag der Fall zugrunde, daß der Zahlende als Ehemann der Kindesmutter Zweifel an seiner Vaterschaft hatte und nach Feststellung der "Unehelichkeit" des Kindes Erstattung des geleisteten Kindesunterhalts von der Kindesmutter verlangte, die sich weigerte, den wahren Erzeuger zu nennen. Das Gericht führte aus, der Ehemann sei, auch wenn er an seiner Vaterschaft gezweifelt habe, doch mit seinen Zahlungen einer eigenen Pflicht nachgekommen.

Der wesentliche Unterschied des vom OLG Hamburg entschiedenen Sachverhalts zu den hier untersuchten Fällen liegt darin, daß dort der Unterhaltsleistende Zweifel am Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen seiner Unterhaltspflicht hatte, hier dagegen eine Unsicherheit hinsichtlich der Rechtslage besteht.

III Berechtigung (§ 679)

Für die - seltenen - Fälle, in denen die Voraussetzungen des § 677 feststellbar sind, sei darauf hingewie-

1) Wollschläger S. 100 Fn 119.

2) MDR 70, 705 f.

sen, daß ein Aufwendungsersatzanspruch wegen § 679 nie am entgegenstehenden Willen des Geschäftsherrn scheitern kann. Auch insoweit ist es für den Begriff der "Erfüllung" in § 679 unerheblich, wenn anstelle der geschuldeten Geldrente Naturalunterhalt geleistet wird, da beide Unterhaltsarten nach ihrem Verwendungszweck beim Empfänger und ihrer Wirkung als Kosten für den Belasteten übereinstimmen¹. Bezüglich des Umfangs des Anspruchs ist der Wert der Naturalunterhaltsleistungen anzusetzen.

IV Ergebnis zur GoA

Die Darstellung hat gezeigt, daß GoA in der Regel nicht als Rückgriffsmöglichkeit in Betracht kommt. Für die seltenen Fälle, in denen die Tatbestandsvoraussetzungen in objektiver und subjektiver Hinsicht vorliegen, ist jedoch weiter zu fragen, ob nicht § 1585 b einem Rückgriff entgegensteht. Da der Rückgriff nach GoA-Regeln kaum praktische Bedeutung haben dürfte, soll die umstrittene Frage der Anwendbarkeit des § 1613 und des ihn erweiternden § 1585 b auf allgemeine schuldrechtliche Rückgriffsansprüche erst im Zusammenhang mit dem Rückgriff nach § 812 angesprochen werden.

E Erstattungsmöglichkeiten nach Bereicherungsrecht

Für den ganz überwiegenden Teil der hier untersuchten Fälle bleibt nach Rückgriffsmöglichkeiten aus Bereicherungsrecht zu suchen.

Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung von Leistungen des Putativschuldners kann in den typischen Fallgestaltungen der irrtümlichen Eigenleistung² unproblema-

1) So auch Wollschläger S. 132.

2) Hier ist etwa an die Begleichung von Nachlaßschulden durch einen Scheinerben zu denken; diesen Ausgangsfall hat v. Caemmerer, Dölle-FS S. 138, im Auge.

tisch durch eine Leistungskondiktion des Zahlenden gegenüber dem Zuwendungsempfänger erfolgen (§ 812 Abs 1 S 1, 1. Alt), so daß der wahre Schuldner an der Rückabwicklung ganz unbeteiligt bleibt¹. Dieser Rückabwicklungsweg ist problemlos gangbar, wenn die erbrachte Leistung beim Empfänger noch vorhanden ist und dieser sich nach Aufdeckung des Irrtums an den wahren Schuldner halten kann. Problematisch wird die Rückabwicklung bereits, wenn der Anspruch aus Leistungskondiktion gegen den Empfänger nicht durchsetzbar ist, zB wegen Wegfalls der Bereicherung (§ 818 Abs 3) oder wegen Insolvenz. In diesen Fällen ist die Frage aufgeworfen worden², ob der irrtümlich Leistende nicht nachträglich seine Leistung als auf die Schuld des wahren Verpflichteten erbracht deklarieren könne, um dessen Verpflichtung nach § 267 zu tilgen und alsdann den Schuldner aus GoA oder § 812 in Anspruch zu nehmen.

Auch in den hier untersuchten Fällen des Unterhaltsregresses wird der Verwandte, der den Bedürftigen über einen gewissen Zeitraum unterhalten hat, in der Regel keinen Anspruch gegen den Empfänger aus Leistungskondiktion haben, weil dieser aufgrund des zweckgemäßen Verbrauchs der Unterhaltsbeiträge nach § 818 Abs 3 bereichert ist.

Selbst dann, wenn der Bedürftige ausnahmsweise durch die rechtsgrundlosen Zuwendungen wegen der Möglichkeit des Einsatzes eigenen Vermögens, das er im Verhältnis zum Schuldner nicht hätte einzusetzen brauchen (vgl § 1577 Abs 3), Aufwendungen erspart hat, wird ein Anspruch aus Leistungskondiktion wegen der Besonderheiten des Unterhaltsanspruchs an § 818 Abs 3 scheitern.

1) Richtigerweise kann in diesen Fällen aber gar nicht von einem "Rückgriff" gesprochen werden, sondern nur von einer Rückgewährung des Erlangten.

2) Grundlegend insoweit:
v. Caemmerer Dölle-FS S. 135 ff
Einzelheiten dazu unten zu d (S. 180 ff).

Dem gutgläubigen Bedürftigen wird regelmäßig wegen des Nachforderungsverbots des § 1585 b eine Inanspruchnahme des wahren Unterhaltsschuldners verwehrt sein, da für ihn kein Anlaß bestand, den unterhaltspflichtigen Ehegatten in Verzug zu setzen oder gar Klage gegen ihn zu erheben.

Damit kann der Zuwendende seine Unterhaltsbeiträge nur von einem bösgläubigen Empfänger zurückverlangen, dem die Berufung auf eine Entreicherung verwehrt ist (§ 818 Abs 4 iVm § 819).

Dieser Rückgewähranspruch wird jedoch vielfach wegen Insolvenz des Unterhaltsempfängers wirtschaftlich wertlos sein. Daher kann nur ein Rückgriff des rechtsgrundlos zahlenden Verwandten gegen den wahren Schuldner eine sachgerechte Lösung bieten.

I Bereicherung des Unterhaltsschuldners durch Leistung des Putativschuldners

Gemeinsame Voraussetzung aller Bereicherungsansprüche ist, daß der Bereicherungsschuldner "etwas erlangt" hat. Als Bereicherung des unterhaltspflichtigen geschiedenen Ehegatten kommt hier nur die Befreiung von der Unterhaltsverbindlichkeit gegenüber dem Ehegatten aufgrund der Unterhaltsgewährung seitens des Verwandten in Betracht. Die Befreiung von der Unterhaltspflicht könnte durch eine Leistung des Verwandten an den unterhaltspflichtigen Ehegatten erfolgt sein.

1 Drittleistung gemäß §§ 267, 362

In erster Linie ist an eine Befreiung von der Unterhaltsschuld des wahren Verpflichteten durch eine Drittleistung gemäß § 267 zu denken. Die Erfüllung gemäß §§ 267, 362 wird in der Rechtsprechung und Lehre zum Unterhaltsregreß vielfach als einzige Möglichkeit der Befreiung des Unterhaltsschuldners durch Dritte ange-

sprochen¹. Im Falle wirksamer Leistung nach § 267 bringt der Dritte den Unterhaltsanspruch des Verpflichteten, ohne daß diesem ein Widerspruch zustünde (vgl § 267 Abs 1 S 2), bewußt und zweckgerichtet, also durch Leistung iSd § 812 Abs 1 S 1 1. Alt zum Erlöschen.

a Objektiver Tatbestand des § 267

In objektiver Hinsicht verlangt § 267, daß ein Dritter die dem Schuldner obliegende Leistung bewirkt.

Im Falle - ausschließlicher - Leistung von Barunterhalt durch den Verwandten ist diese objektive Voraussetzung gegeben, soweit vom Ehegatten gemäß § 1578 Unterhalt geschuldet wurde. Wegen der unterschiedlichen Bemessungsmaßstäbe in § 1578 und § 1612 wird in der Regel selbst dann, wenn der Verwandte den gesamten von ihm gemäß § 1612 vermeintlich geschuldeten Unterhalt gewährt, der zugewendete Betrag nicht mit dem nach § 1578 geschuldeten übereinstimmen. Eine Rückgriffsmöglichkeit gemäß § 812 scheitert somit schon an den objektiven Voraussetzungen des § 267, soweit der Verwandte mehr gezahlt hat, als der Schuldner nach § 1578 zu leisten verpflichtet war; das heißt ein Rückgriff kommt höchstens in Höhe des vom geschiedenen Ehegatten geschuldeten Unterhaltsbetrags in Betracht.

Soweit von Verwandten zumindest teilweise Naturalunterhalt geleistet wird, muß ebenfalls von einem "Bewirken der Leistung" gesprochen werden; insoweit kann im Er-

1) Aus der Rspr vgl
BGHZ 43, 1 ff = FamRZ 65, 200, 203
BGHZ 46, 319 ff = FamRZ 67, 144, 145
OLG Hamburg MDR 70, 507.
Aus der Lehre
Stolterfoth FamRZ 71, 341, 347
Zeiss FamRZ 67, 532, 533.

gebnis nichts anderes gelten als oben beim Begriff der Geschäftsführung im Rahmen des § 677¹. Zwar wird von der ganz herrschenden Meinung² zu § 267 die Zuwendung einer Ersatzleistung oder eines Erfüllungssurrogats zur Wahrung der Interessen des Gläubigers, der eine Drittleistung nicht zurückweisen kann und durch diese nicht schlechter gestellt werden darf, nicht als Bewirken der geschuldeten Leistung angesehen. Ein solcher Fall ist hier aber auch nicht gegeben: Geschuldet ist dem Bedürftigen Unterhalt, der außer in Geld auch durch die Gewährung von Naturalien, insbesondere Wohnung und Nahrung, gewährt werden kann. Daß gemäß § 1585 eine Geldrente geschuldet ist, zeigt nur, daß der Gesetzgeber sich hier für die in der Situation der Geschiedenen am besten geeignete Form der Unterhaltsgewährung entschieden hat. Dem durch enges Verständnis des § 267 geschützten Leistungsinteresse des Berechtigten läuft es jedoch nicht zuwider, auch die teilweise Gewährung von Naturalunterhalt als Bewirken der nach § 1578 geschuldeten Leistung anzusehen, da er damit etwas erlangt, was er sich sonst über den "Umweg" des entsprechenden Einsatzes von Geldmitteln ohnehin beschaffen müßte³. Daß er mit der teilweisen Gewährung von Naturalunterhalt einverstanden ist, zeigt sich in der Annahme dieser Art von Unterhalt. Hier muß eine

-
- 1) Siehe dazu oben S. 161 .
 - 2) Pal/Heinrichs § 267 Anm 3
MK/Keller § 267 Rdn 10 mwNw
Erman/Sirp § 267 Rdn 2.
Aus der Rspr
RGZ 65, 162 (Grundsatz der Identität) ebenso
RGZ 119, 1, 4;
a A für die Hinterlegung KG JW 28, 2563, 2564.
 - 3) Als Gegenbeispiel sei hier etwa auf den Fall hingewiesen, daß ein Dritter einem minderjährigen Kind, welches auf die Gewährung von Naturalunterhalt angewiesen ist, Geldrenten zahlt. Damit kann das Leistungsinteresse des Kindes gerade nicht befriedigt werden; so lag es im Fall OLG Hamm NJW 83, 2203, 2204.

konkludente Vereinbarung der teilweisen Ersetzung des nach § 1612 Abs 1 S 1 - vermeintlich - geschuldeten Barunterhalts zugunsten von Naturalunterhalt angenommen werden.

Hinsichtlich des Umfangs der Leistungsbewirkung ist auch hier¹ der Wert des zugewendeten Naturalunterhalts ausschlaggebend.

b Subjektive Voraussetzungen des § 267

Gemäß § 267 Abs 1 S 1 kann auch ein Dritter die "Leistung bewirken".

aa Erfordernis eines Fremdtilgungswillens

Wenn § 267 seinem Wortlaut nach auch keine subjektiven Voraussetzungen enthält, ist heute unumstritten, daß weiterhin ein sogenannter Fremdtilgungswille des Leistenden zu verlangen ist und dieser auch kundgetan werden muß².

-
- 1) Siehe dazu bereits oben zur GoA S.166 .
 - 2) Das gilt jedenfalls im Grundsatz; zu einzelnen Auffassungen, die unter besonderen Umständen eine ausnahmsweise Entbehrlichkeit dieses subjektiven Moments annehmen, sogleich unten zu c. Bis heute umstritten ist dagegen die Frage, ob dieser Fremdtilgungswille bereits im Zeitpunkt der Leistung vorliegen muß oder ob dem auf eine vermeintlich eigene Schuld Zahlenden die Möglichkeit der sog nachträglichen Fremdbestimmung eingeräumt werden kann (dazu unten d).
Zur subjektiven Theorie zu § 267 vgl etwa aus der Rspr
BGHZ 43, 1 ff
BGHZ 46, 319, 325
BGHZ 70, 389, 398
BGHZ 72, 246, 249.
Aus der Lehre
Pal/Heinrichs § 267 Anm 2
Gernhuber Erfüllung § 21 I 5 b, S. 423
v. Caemmerer Dölle-FS S. 142
Thomä JZ 62, 627
MK/Keller § 267 Rdn 5
Staud/Selb § 267 Rdn 6 u 7.

Das früher vereinzelt vertretene¹ rein objektive Verständnis des § 267 wird heute allgemein abgelehnt. Böhmer² meinte, die auch von ihm vorausgesetzte Beziehung der Drittleistung zu einer bestimmten Schuld bestehe schon dann, wenn die Schuld auch ohne Bezugnahme auf die Person des Schuldners individualisiert werden könne und im Einzelfall individualisiert worden sei.

Das heute allgemein verlangte Erfordernis der Kundgabe des Fremdtilgungswillens ergibt sich aus den Voraussetzungen der verschiedenen heute vertretenen Erfüllungstheorien:

Für all diejenigen, die für die Erfüllung gemäß § 362 über die von der herrschenden Meinung als ausreichend angesehene reale Leistungsbewirkung³ hinaus weitere Voraussetzungen verlangen, ergibt sich ein subjektives Moment zwangsläufig entweder aus dem teilweise geforderten "Erfüllungsvertrag"⁴ oder jedenfalls aus einer "Zweckvereinbarung"⁵ beziehungsweise aus der einseitig möglichen Zweckbestimmung^c.

1) Böhmer S. 87, ders NJW 55, 210

Maijer Art 151, 97 ff, 104 ff

Staud/Werner 10./11. Aufl § 267 Rdn 11.

2) Böhmer S. 87.

3) Siehe dazu die Nachweise auf der nächsten S. Fn 1.

4) So die Vertreter der sog eingeschränkten Vertragstheorie, vgl Enneccerus/Lehmann § 60 II 2 u 3
ähnlich auch Fikentscher § 38 II 5, der allerdings in dem Erfüllungsvertrag "keinen selbständigen Vertrag" sieht.

5) So jetzt wieder Ehmann JZ 68, 530 ders NJW 69, 1839
Rother AcP 169, 30, wonach eine vertragliche Willenseinigung der Parteien über die Zuordnung der Leistung zu einem bestimmten Schuldgrund erforderlich ist.

6) Sog Theorie der einseitigen geschäftsähnlichen Zwecksetzung, vgl insbes Seibert JZ 81, 383 (dort w Nw in Fn 38).

Aber auch die Vertreter der herrschenden Theorie der realen Leistungsbewirkung¹ verlangen für Drittleistungen nach § 267 einen Fremdtilgungswillen und dessen Kundgabe². Zwar verlangt die herrschende Meinung zur Erfüllung lediglich die Herbeiführung des Leistungserfolges in der geschuldeten Weise. Der erforderliche Bezug zwischen Leistung und zu erfüllender Schuld wird hier durch die objektiv erkennbare Kongruenz bewirkt, die sich aber nur dann feststellen läßt, wenn der Schuldner inhaltlich genau die von ihm geschuldete Leistung erbringt³.

Dabei ergeben sich die Person des Schuldners und der genaue Inhalt der Leistung in aller Regel aus dem der Leistung zugrunde liegenden Vertrag. Im Unterhaltsrecht ergibt sich dieser Bezug zwischen Leistung und Rechtsgrund aus objektivem Recht⁴. An einer solchen, objektiv erkennbaren Bezugsetzung fehlt es, sobald nicht der Schuldner selbst, sondern ein Dritter den Leistungserfolg herbeiführt. Der Bezug zur Schuld muß in diesem unregelmäßigen Fall von dem Dritten durch Äußerung eines entsprechenden Willens hergestellt werden.

-
- 1) So die hM vgl etwa
Pal/Heinrichs § 362 Anm 1
MK/Heinrichs § 362 Rdn 9
Larenz SchuldR I § 18 I
Staud/Kaduk 10./11. Aufl Vorbem 17 ff zu § 362
Medicus SchuldR AT § 23 IV 3
Jauernig/Stürner § 362 Anm 2
w Nw bei Gernhuber Erfüllung S. 104 Fn 44.
 - 2) Insbes
Larenz SchuldR I § 18 I 4 S. 222 oben
Pal/Heinrichs § 267 Anm 2
v. Caemmerer Dölle-FS S. 140/141.
Aus der Rspr
BGHZ 40, 276; 72, 246
BGH NJW 74, 1132.
 - 3) So zB Larenz SchuldR I § 18 I 4, der "offenkundigen" Bezug zur Schuld verlangt.
 - 4) v. Caemmerer Dölle-FS S. 141.

Richtigerweise ist daher mit der ganz herrschenden Meinung ein Fremdtilgungswille zu verlangen, der zur Bewirkung der in den Drittleistungsfällen erforderlichen Bezugsetzung zwischen Schuld und Leistung auch kundgetan werden muß. Wegen des rechtsgeschäftlichen Charakters dieser Fremdtilgungsbestimmung ist auf den Empfängerhorizont abzustellen, das heißt es ist aus der Sicht des Leistungsempfängers bei objektiver Betrachtung zu fragen, ob der Zuwendende mit der Zahlung eine eigene oder fremde Schuld tilgen will¹.

bb Vorliegen eines Fremdtilgungswillens im Zeitpunkt der Leistung

Es fragt sich, in welchen Fällen ein solcher Fremdtilgungswille im Zeitpunkt der Leistung angenommen werden kann. Insoweit besteht eine Parallele zu dem nach § 677 erforderlichen Fremdgeschäftsführungswillen:

Ist - ausnahmsweise - ein Fremdtilgungswille im Sinne des § 267 feststellbar, so umfaßt dieser gleichzeitig einen Fremdgeschäftsführungswillen iSd § 677. In diesem Falle sind jedoch die GoA-Regeln vorrangig, da eine berechnigte GoA - die hier wegen § 679 immer vorliegt - einen Rechtsgrund iSd § 812 darstellt². Damit bleibt für einen Bereicherungsanspruch insoweit kein Raum.

1) Vgl insbes BGHZ 72, 246 ff = NJW 79, 157
BGHZ 70, 389 ff = NJW 78, 1375.

Allerdings hat die Problematik der Bestimmung der Leistungsrichtung vom Empfängerhorizont aus, die in Rspr und Lehre insbes in den sog Anweisungsfällen eine wichtige Rolle spielt, in den hier zu untersuchenden Fallgruppen keine Bedeutung, da hier wahrer Wille und äußerer Schein nicht auseinanderfallen: Aus der Sicht des Unterhaltsberechtigten kann die Unterhaltszahlung nur als Leistung auf eine eigene Schuld verstanden werden.

2) Pal/Thomas Einf vor § 677 Anm 4 c
MK/Seiler vor § 677 Rdn 19 mwNw in Fn 22
so im Erg auch Holzhauser S. 16.

Im Regelfall wird eine irrtümliche Eigenleistung vorliegen, bei der kein Fremdtilgungswille besteht. Hier ist weiter zu prüfen, ob dieser Wille ausnahmsweise entbehrlich ist (dazu unten c) oder noch nachträglich erklärt werden kann (dazu unten d).

In den bereits im Zusammenhang mit der GoA angesprochenen Zweifelsfällen kann bezüglich des Fremdtilgungswillens nichts anderes gelten als bezüglich des Fremdgeschäftsführungswillens des § 677.

Zwar werden - insbesondere von der Rechtsprechung des BGH - in Anlehnung an die Grundsätze der "auch-gestio" verschiedentlich nur geringe Anforderungen an den Fremdtilgungswillen gestellt¹. Dies wird besonders deutlich in einer Entscheidung aus dem Jahre 1978², in der der BGH es für ausreichend hielt, daß neben der "ganz überwiegend" verfolgten Absicht, eigene Schulden zu tilgen, der Leistende auch für den wahren Schuldner leisten wolle.

Auch in diesen Fällen ging es jedoch letztlich immer um die Ermöglichung eines sachgerechten internen Ausgleichs zwischen zwei Schuldnern, die - ohne Gesamtschuldner zu sein - dem Gläubiger aus verschiedenen Rechtsgründen hafteten. Auf Fälle der irrtümlichen Leistung auf eine Nichtschuld können diese Grundsätze nicht übertragen werden. Die Konstruktion des Auch-Fremdtilgungswillens widerspräche der vom BGH für das Unterhaltsrecht aufgestellten Vermutung, nach der im Zweifel nicht anzunehmen ist, daß mit der Zuwendung von Unterhalt die Entlastung des Verpflichteten bezweckt wird³.

-
- 1) Vgl etwa
BGH NJW 64, 1898
BGH WM 74, 199
BGHZ 70, 389, 396; 72, 246, 249 = NJW 79, 157.
- 2) BGHZ 72, 246, 249 = NJW 79, 157.
- 3) BGHZ 43, 1 ff = FamRZ 65, 200, 203 unten
BGHZ 46, 319 ff = FamRZ 67, 144, 145 unten.

Nicht haltbar ist in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des LG Köln¹, die sich mit der Tilgungswirkung einer rechtsgrundlos erbrachten Waisenrente durch den Sozialversicherungsträger hinsichtlich der Unterhaltsverbindlichkeit des Unterhaltsschuldners nach §§ 267, 362 befaßt. Dem lag der Sachverhalt zugrunde, daß die Bundesversicherungsanstalt einem "unehelichen" Kind an Stelle des als Alleinerbe des außerehelichen Erzeugers Verpflichteten eine monatliche Rente zahlte². Das Gericht nahm an, der zahlende Sozialversicherungsträger habe zwar in erster Linie die Erfüllung seiner eigenen Verbindlichkeit aus dem Versicherungsverhältnis bezweckt, er habe jedoch auch den Willen gehabt, die Unterhaltsverbindlichkeit des Erben zu erfüllen. Zur näheren Begründung wird auf die mit der Zahlung von Waisenrente verfolgten gesetzlichen Zwecke abgestellt. Damit wird unzulässigerweise ein in Wahrheit gar nicht vorhandener Wille unterstellt: Mit der Leistung verfolgt der Sozialversicherungsträger nicht mehr als die Erfüllung des Versicherungsanspruchs; er hat nicht im geringsten die Absicht, sich um die Unterhaltsfrage zu kümmern, sondern leistet vielmehr ganz unabhängig davon, ob neben dem Rentenanspruch noch ein Unterhaltsanspruch gegen Erben des Erzeugers in Frage steht³.

1) LG Köln FamRZ 60, 449.

2) Im geltenden Recht dagegen endet die Unterhaltsberechtigung des nichtehelichen Kindes gemäß § 1615 a iVm § 1615 Abs 1 mit dem Tode des Verpflichteten. Diese Änderung rechtfertigt sich daraus, daß das nichteheliche Kind grundsätzlich ein Erbrecht nach dem Vater in Form des Erbersatzanspruchs gem §§ 1934 a ff hat. Dazu näher die amtl Begründung bei Jansen/Knöpfler S. 189 u 444 ff; MK/Köhler § 1615 a Rdn 7.

3) So richtig Beitzke FamRZ 60, 452 (Anm zu LG Köln aaO).

c Ausnahmsweise Entbehrlichkeit einer Fremdtilgungs-
bestimmung

Die bisherige Untersuchung zeigt, daß ein Bereicherungsrückgriff mit dem subjektiven Moment des § 267 steht und fällt. Dementsprechend fehlt es nicht an Versuchen, durch "Umgehung" dieses heute im Grundsatz ausnahmslos verlangten Merkmals unbillige Ergebnisse zu vermeiden. Neben der bereits oben abgelehnten Unterstellung eines entsprechenden Willens wird verschiedentlich der Fremdtilgungswille als ausnahmsweise entbehrlich oder als aus der Natur der Sache heraus gegeben angesehen. Auch diese Lösungsversuche können jedoch, wie im folgenden zu zeigen ist, jedenfalls für den Fall des Unterhaltsregresses nicht überzeugen.

aa Fremdtilgungsbestimmung der Natur der Sache nach
(BGHZ 75, 299 ff)

In einer - soweit ersichtlich - vereinzelt gebliebenen Entscheidung hat der BGH angenommen, daß unter besonderen Umständen sich die Fremdtilgungsbestimmung "der Natur der Sache nach aus der Zahlung" ergeben könne¹. Eine ausdrückliche Fremdtilgungsbestimmung des in der irrigen Meinung, selbst Schuldner zu sein, leistenden Dritten sei dann entbehrlich, "wenn die Schuld durch die Leistung des Dritten ohnedies getilgt wird oder zumindest eine der Erfüllung gleichkommende Wirkung eintritt, weil der Dritte seine Leistung vom Gläubiger nicht zurückverlangen und dieser sie nicht noch einmal vom wahren Schuldner fordern kann"². Dies hat der BGH in der genannten Entscheidung für den Sonderfall eines nichtigen Arbeitsverhältnisses auf-

1) BGHZ 75, 299 ff = NJW 80, 452 f.

2) BGH aaO S. 303.

grund der Regelung in Art 1 § 1o AÜG¹ festgestellt. Dem lag der Sachverhalt zugrunde, daß der klagende Verleiher dem beklagten Entleiher Arbeitnehmer überlassen und auch entlohnt hatte, ohne die gemäß Art 1 § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis zu haben, so daß sowohl der Vertrag zwischen den Parteien des Rechtsstreits als auch der zwischen dem Kläger und den Leiharbeitnehmern gemäß Art 1 § 9 Ziff 1 AÜG unwirksam waren. Damit erfolgten die Lohnzahlungen des Klägers an die Arbeitnehmer ohne Rechtsgrund.

Die rechtlichen Besonderheiten liegen darin, daß das AÜG im Falle von nach Art 1 § 9 Ziff 1 AÜG nichtigen Verträgen gemäß Art 1 § 1o Abs 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Arbeitnehmer fingiert, aus dem letzterer mindestens einen Anspruch auf das mit dem Verleiher vereinbarte Entgelt hat.

Aus dieser Entscheidung können jedoch keine allgemeingültigen Erkenntnisse zu § 267 und insbesondere keine Entscheidungshilfen für den Unterhaltsregreß gewonnen werden. Der im Ergebnis richtige Bereicherungsausgleich zwischen dem zahlenden Verleiher und dem aufgrund des fingierten Arbeitsvertrages verpflichteten Entleiher beruhte auf der vom BGH im Anschluß an Becker² erarbeiteten teleologischen Reduktion des Art 1 § 1o Abs 1 AÜG. Allein hieraus wurde im Ergebnis der Erfüllungserfolg der Zahlungen des Entleihers beim Verleiher begründet, nicht aber aus einer "Fremdtilgungsbestimmung der Natur der Sache nach". Wie Gernhuber³ zutreffend feststellt, hätte der BGH die Entscheidung ebenso gut ohne Bemühung des § 267 treffen können.

1) Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung vom 7. 8. 1972 (BGBl I S. 1393).

2) Becker BB 78, 363 ff.

3) Gernhuber Erfüllung § 21 I 4 (S. 421).

bb Entbehrlichkeit wegen Eintritts des Erfüllungserfolges

Auf der Suche nach Möglichkeiten zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse für die Fälle irrtümlicher Eigenleistung, in denen der Zuwendungsempfänger wegen § 818 Abs 3 keiner Kondition des Zuwendenden ausgesetzt ist, aber gleichwohl mangels Erfüllungswirkung der Zuwendung den Anspruch gegen den wahren Schuldner behalten hat, haben v. Caemmerer¹ und Flume² - allerdings ohne nähere dogmatische Begründung - angenommen, eine Zuwendung müsse dann als Befriedigung des Gläubigers angesehen werden, wenn dieser wegen § 818 Abs 3 nicht auf Rückerstattung des Empfangenen in Anspruch genommen werden könne.

Ähnlich nimmt Sinn³ an, die Bewirkung des Geschuldeten an den Gläubiger sei ausnahmsweise für den Erfüllungserfolg ausreichend, wenn die zu tilgende Schuld feststehe und eine Rückforderung des Geleisteten aus Rechtsgründen ausscheide. In einer solchen Situation werde der wahre Schuldner frei. Zur Begründung stützt sich Sinn darauf, daß das Willensmoment in § 267 lediglich die beiden Funktionen habe, die Schuld, auf die geleistet wurde, zu kennzeichnen und die Rückforderung zu verhindern. Eine ausdrückliche Fremdtilgungsbestimmung werde daher überflüssig, wenn beiden Funktionen schon auf andere Weise genügt werde, was insbesondere bei Eingreifen des § 818 Abs 3 der Fall sei.

Dieser Weg scheint jedoch nicht gangbar, weil damit der Regelung des § 818 Abs 3 eine Funktion zugeschrie-

1) V. Caemmerer Dölle-FS S. 145, 146 mit Hinweis auf andere Schriften von v. Caemmerer in Fn 34.

2) Flume JZ 62, 282, Anm zu BGH JZ 62, 280, sog Idealheimfall.

3) Sinn NJW 68, 1857, 1860.

ben wird, die ihr nicht zukommt: § 818 Abs 3 bezweckt im System des Bereicherungsrechts den Schutz des gutgläubigen Leistungsempfängers im Falle des Wegfalls der Bereicherung. Dieser Schutzzweck wird mit dem oben dargestellten Lösungsversuch jedoch unzulässig ausgedehnt. Die ihrer Konzeption nach für das Verhältnis der Bereicherungs-Parteien untereinander bestimmte Regelung entfaltet damit auch Wirkungen gegenüber Dritten; durch sie wird ein neuer Tilgungsgrund ins Leben gerufen, den das Gesetz nicht kennt.

d Möglichkeit der nachträglicher Fremdtilgungsbestimmung

Nach dem Ergebnis der bisherigen Untersuchung kann damit ein Rückgriff nach Bereicherungs- oder Geschäftsführungsrecht über § 267 nur noch dann ermöglicht werden, wenn demjenigen Nichtschuldner, der seine Leistung zunächst ohne die nach § 267 erforderliche Fremdtilgungsbestimmung erbracht hat, gestattet wird, diese Bestimmung noch im nachhinein zu treffen.

aa Entwicklung der Lehre als Mittel zur Beseitigung unbilliger Ergebnisse

Während die Versuche, die ausnahmsweise Entbehrlichkeit der Fremdtilgungsbestimmung zu begründen, vereinzelt und teilweise ohne den Versuch einer dogmatischen Herleitung geblieben sind, ist die Zahl der Stellungnahmen zur Möglichkeit der sogenannten nachträglichen Fremdtilgungsbestimmung kaum noch zu übersehen.

Die erste ausführliche Auseinandersetzung mit der Frage der Möglichkeit einer nachträglichen Fremdtilgungsbestimmung findet sich bei v. Caemmerer¹. Auch bei ihm stand die Absicht im Vordergrund, die durch eine Be-

1) v. Caemmerer Dölle-FS S. 147 ff.

schränkung des Putativschuldners¹ auf die Kondition gegen den Empfänger der Leistung entstehenden unbilligen Ergebnisse zu vermeiden.

Die Unbilligkeit, die es zu vermeiden galt, wurde aber nicht etwa nur darin gesehen, daß die Kondition aus rechtlichen (§ 818 Abs 3, § 814) oder tatsächlichen² Gründen ausgeschlossen war. Insoweit muß davon ausgegangen werden, daß sich nur das im Rechtsleben allgemein bestehende Risiko der Realisierung von Ansprüchen verwirklicht. Als unbillig wurde insbesondere empfunden, daß dem Gläubiger der Anspruch gegen den Schuldner wegen der fehlenden Erfüllungswirkung verbleibt, er also im Ergebnis doppelte Leistungen erhalten kann.

Diese Unbilligkeit kann in der Tat auf "elegante Weise"³ dadurch vermieden werden, daß der Zuwendende noch im nachhinein die Voraussetzungen des § 267 herstellt, womit ihm ein Rückgriff gegen den wahren Schuldner eröffnet wird.

Hier ist zunächst zu berücksichtigen, daß es nicht etwa - wie der ganz überwiegend anzutreffende Ausdruck "nachträgliche Fremdbestimmung" bei flüchtiger Betrachtung suggeriert - nur um die Nachholung einer bislang nicht erfolgten Zweckbestimmung geht. Vielmehr wird die

-
- 1) Zu den verschiedenen Fallgestaltungen der Leistung eines Putativschuldners vgl etwa Maier AcP 152 S. 97 ff, v. Caemmerer Dölle-FS S. 138 ff und Thomä JZ 62, 623 ff.
Eine häufig angesprochene Fallgestaltung ist die der Zahlung von Nachlaßschulden durch einen vermeintlichen Erben. Soweit die Problematik des Unterhaltsregresses angesprochen wird, geht es immer nur um die Lösung des Scheinvaterregresses, der allerdings wegen der Neuregelung in § 1615 b heute kaum noch rechtliche Probleme aufweist (vgl dazu v. Caemmerer aaO S. 139, Thomä aaO S. 624).
 - 2) Hier wird insbes eine Zahlungsunfähigkeit oder sonstige tatsächliche Erschwerung der Rechtsverfolgung genannt, wie etwa unbekannter Aufenthaltsort.
 - 3) So Sinn NJW 68, 1859.

Zweckbestimmung nachträglich abgeändert: Im Zeitpunkt der Zahlung lag eine Eigenleistung vor¹; diese soll nachträglich in eine Leistung für den Dritten umgeändert werden. Es geht also allgemein ausgedrückt nicht etwa nur um die Beendigung eines Schwebezustandes hinsichtlich der Zweckrichtung der Leistung, sondern um deren Auswechselung.

bb Bedürfnis für die nachträgliche Fremdbestimmung im Unterhaltsregreß?

Schon von der Zielrichtung der Lehre von der nachträglichen Fremdtilgungsbestimmung her, eine unbillige Doppelbefriedigung zu vermeiden, ergeben sich Zweifel, ob für die Anwendung dieser Grundsätze im Unterhaltsrecht ein Bedürfnis besteht. Zwar wird für den Zuwendenden in den hier untersuchten Fällen eine Kondiktion gegen den Zuwendungsempfänger in aller Regel an § 818 Abs 3 oder zumindest an dessen mangelnder Zahlungsfähigkeit scheitern, da im Laufe der Zeit ein erheblicher Betrag anlaufen kann. Eine als unbillig empfundene Doppelbefriedigung des Bedürftigen wird jedoch trotz der fehlenden Tilgungswirkung regelmäßig aufgrund des Verbots der Nachforderung von Unterhalt für die Vergangenheit (§ 1585 b) ausscheiden.

Das muß wegen § 1585 b Abs 3 immer gelten, soweit Nachzahlung für einen Zeitraum von mehr als einem Jahr in Betracht kommt, es sei denn, der Unterhaltsschuldner hätte sich der Leistung "absichtlich entzogen". Aber auch für den Zeitraum bis zu einem Jahr wird eine Doppelbefriedigung des Bedürftigen wegen § 1585 b Abs 2 regelmäßig ausgeschlossen sein. Da in den hier untersuchten Leitfällen eine Rechtshängigkeit in aller Re-

1) Diese Absicht der Eigenleistung ergibt sich aus den Gesamtumständen, ein anderer Wille hätte deutlich zum Ausdruck gebracht werden müssen.

gel nicht vorliegen wird, besteht die Gefahr einer Doppelbefriedigung nur, wenn sich der Unterhaltsschuldner mit seiner Verpflichtung in Verzug befand. Für eine Inverzugsetzung besteht für den Bedürftigen, der von Dritten unterhalten wird, jedoch kein Anlaß. Damit geht sein Unterhaltsanspruch mit Ablauf des jeweils laufenden monatlichen Unterhaltsabschnitts unter¹. Wegen der fehlenden Gefahr einer Doppelbefriedigung besteht im Unterhaltsregreßrecht kein Bedürfnis, eine nachträgliche Fremdbestimmung zuzulassen.

cc Dogmatische Herleitungsversuche

Die dogmatische Herleitung der Möglichkeit einer nachträglichen Änderung der Zweckbestimmung einer Leistung ist nach wie vor ungewiß. Im Schrifttum werden verschiedene Möglichkeiten zur Rechtfertigung dieser Lehre vertreten:

(1) v. Caemmerer

V. Caemmerer hat zunächst die Ansicht vertreten, der Zuwendende könne auf seinen Kondiktionsanspruch gegen den Empfänger "verzichten" und damit seine Leistung als "zum Besten" des wahren Schuldners erbracht gelten lassen. Dann habe der Schuldner "in sonstiger Weise" die Entlastung von seiner Schuld erlangt². Diese Auffassung korrigierte und konkretisierte er später dahin, daß kein Verzicht auf Kondiktion gemeint sei - dieser bedürfte auch eines Vertrages iSd § 397 - sondern ein "einseitig möglicher Verzicht auf die Geltendmachung des Mangels der Geschäftsgrundlage der Leistung"³.

1) § 1585 b Abs 2 begründet bei Fehlen von Rechtshängigkeit oder Verzug nicht lediglich ein Leistungsverweigerungsrecht, vielmehr erlischt die Schuld; vgl BGH FamRZ 84, 775, 777 mwNw.

2) v. Caemmerer JZ 62, 385, 386.

3) v. Caemmerer Dölle-FS S. 149.

Der Zuwendende könne darauf verzichten, sich auf den Irrtum, der ihm bei der Zweckbestimmung seiner Leistung unterlaufen sei, zu berufen. Dies komme einer Bestätigung nach § 144 gleich. Damit behandle der Zuwendende das Geschäft wie eine wissentliche Zahlung der fremden Schuld, so daß eine Kondiktion gegen den Zuwendungsempfänger nach § 814 ausgeschlossen sei.

Bei diesem Versuch der Herleitung der Möglichkeit einer nachträglichen Fremdbestimmung verkennt v. Caemmerer allerdings, daß es in den Fällen der irrtümlichen Eigengeschäftsführung mangels Irrtums an einem Anfechtungsgrund fehlt: Es liegt gerade kein Auseinanderfallen von Willen und Erklärung vor. Der Zuwendende hat erklärt, was er erklären wollte, nämlich, daß er eine eigene Schuld tilgen wolle; er hatte lediglich eine falsche Vorstellung über die Rechtslage im Zeitpunkt der Zuwendung. Darin liegt lediglich ein unbeachtlicher Motivirrtum. Im übrigen dient der Verzicht auf Anfechtung gerade der Bestätigung der irrtümlichen Erklärung; die - im nachhinein gesehen - "falsche" Zweckbestimmung würde daher allenfalls noch endgültig manifestiert. Im Ergebnis erscheint daher eine Analogie zu §. 144 nicht geeignet, eine akzeptable dogmatische Begründung für die nachträgliche Änderung der Zweckrichtung der Zuwendung zu bieten, wenn dieser Lösungsvorschlag auch eine Reihe von Anhängern gefunden hat¹.

(2) Thomä

Ebensowenig überzeugend ist der Versuch von Thomä², die nachträgliche Zweckänderung über die Figur der Genehmigung gemäß §§ 182 ff zu begründen. Ausgehend

1) Vgl insbes BGH NJW 64, 1898
Zeiss AcP 165, 337
RGRK/Heimann-Trosien § 812 Rdn 31.
Weitere Nachweise bei Seibert S. 120 Fn 2.

2) Thomä JZ 62, 623, 627.

von der Vorstellung, daß der Leistende die Fremdtilgungsbestimmung nachholen muß, verkennt Thomä schon im Ansatz, daß es nicht um die Füllung einer Lücke im subjektiven Bereich des Leistenden geht, sondern um die nachträgliche Abänderung der mit der Leistung verfolgten Zweckrichtung. Aber auch im übrigen kann der Gedanke der Genehmigung nicht auf Leistungen des Putativschuldners übertragen werden: Die Annahme Thomäs, die Leistung des Scheinschuldners an den Gläubiger sei "spiegelbildlich gleichgebaut zur Leistung des Echtschuldners an den Scheingläubiger" ist verfehlt. Im Gegensatz zu § 185 handelt es sich bei der nachträglichen Änderung der Zweckbestimmung nicht um die Verfügung eines Nichtberechtigten, die nachher genehmigt werden müßte, sondern um die Berichtigung der eigenen, berechtigterweise getroffenen Tilgungsbestimmung.

(3) Reuter/Martinek

Trotz zugestandener Schwierigkeiten bei der dogmatischen Herleitung halten auch Reuter/Martinek die nachträgliche Herbeiführung der Voraussetzungen des § 267 aus der Interessenlage heraus, insbesondere im Fall der irrtümlichen Eigenleistung für geboten¹. Auch sie vermögen jedoch eine überzeugende dogmatische Begründung dieser Möglichkeit nicht zu bieten. Ihrem Hinweis, die Analogie zur Aufrechnung biete "wohl am ehesten" eine dogmatische Grundlage, ist insoweit zuzustimmen, als die Ziele beider Institute gleich sind, nämlich Vereinfachung der Rechtsdurchsetzung und der Erfüllung². Gegen eine Analogie spricht jedoch, daß die Aufrechnung einen besonderen Erlöschensgrund im Zwei-Personen-Verhältnis bietet, nicht aber die Auswechslung des Schuldners bewirken kann.

1) Reuter/Martinek § 12 III S. 460, insbes S. 473 ff.

2) So Reuter/Martinek aaO S. 477.

dd Ergebnis

Wenn auch die Lehre von der nachträglichen Fremdtilgungsbestimmung eine Reihe von Befürwortern gefunden hat - die freilich vielfach die Grundsätze ohne auch nur den Versuch einer dogmatischen Begründung übernommen haben¹ -, so kann angesichts der Gegenstimmen² doch nicht, wie Engel dies tut³, von einer herrschenden Lehre gesprochen werden. Im Hinblick auf die Schwierigkeiten einer überzeugenden dogmatischen Herleitung erscheint es jedenfalls für den hier untersuchten Fall des Unterhaltsregresses unangebracht, eine Lösung über die Möglichkeit der nachträglichen Herbeiführung der Voraussetzungen des § 267 zu suchen.

Im Ergebnis ist daher eine Leistungskondiktion des Unterhalt gewährenden Verwandten gegen den wahren Schuldner abzulehnen, da er nicht als Dritter nach § 267 zweckgerichtet dessen Schuld getilgt hat, an diesen also nichts geleistet hat. Vielmehr liegt eine zweckgerichtete Leistung an den Bedürftigen vor, die mangels Unterhaltungspflicht des Verwandten ohne Rechtsgrund erfolgt ist.

II Bereicherung in sonstiger Weise auf Kosten des Putativschuldners durch Zweckerreichung

Die Leistung des Verwandten an den Bedürftigen könnte

- 1) Pal/Thomas § 812 Anm 5 B b dd
Hegmann FamRZ 73, 436 in Fn 5.
- 2) Lorenz JZ 68, 51 ff, ders AcP 168, 286, 308 f
Staud/Selb § 267 Rdn 7
Esser/Weyers BT § 48 III 6 (S. 387)
Medicus Rdn 951
Larenz SchuldR II § 68 III d 1
Staud/Lorenz § 812 Rdn 59
Gernhuber Erfüllung § 21 I 6.
- 3) Engel S. 52 oben.

jedoch als - gar nicht gewollte - "Nebenfolge" zu einer Befreiung des unterhaltspflichtigen Verwandten geführt haben, die allerdings nicht durch Leistung, sondern nur in "sonstiger Weise" (§ 812 Abs 1 S 1, 2. Alt) eingetreten sein kann, da ein und dieselbe zweckgerichtete Zuwendung nicht an zwei verschiedene Empfänger geleistet sein kann. Die Fälle der Bereicherung "in sonstiger Weise" können - unabhängig von den verschiedenen Typologisierungsversuchen¹ - zusammenfassend als Fälle der Nichtleistungskondition bezeichnet werden.

Die rechtsgrundlos geleisteten Unterhaltsbeiträge des Verwandten könnten dadurch, daß sie den Lebensbedarf des Bedürftigen für den betreffenden Zeitraum gedeckt haben, mittelbar auch die Unterhaltspflicht des geschiedenen Ehegatten zum Erlöschen gebracht haben, da durch die rechtsgrundlose Zahlung der mit dem Unterhaltsanspruch verfolgte Zweck der Bedarfsdeckung beim Bedürftigen erreicht worden ist.

Für den Bereich rechtsgeschäftlich begründeter Handlungspflichten werden unter dem vagen Begriff der Zweckerreichung² verschiedene Fallgruppen erörtert, in denen der an sich vom Schuldner zu erbringende Leistungserfolg vor dessen Tätigwerden entweder (durch Naturereignisse) von selbst oder durch Tätigwerden

1) Vgl etwa die Terminologie bei Larenz SchuldR II § 68 II
Reuter/Martinek S. 371 ff.

2) Der Begriff der Zweckerreichung ist dem BGB fremd. Als ein in der Lehre erstmals von Klein, Untergang der Obligation durch Zweckerreichung, ausgeformter Begriff bezeichnet er allgemein den Fall, daß das Gläubigerinteresse in anderer Weise als durch Leistung des Schuldners befriedigt wird; dazu auch Köhler S. 67.

eines Dritten eintritt¹. Folge einer solchen Zweckerreichung ist dann, wenn der Schuldner infolge dieses Ereignisses die geschuldete Leistung nicht mehr erbringen kann, das Erlöschen der Schuld wegen - nachträglicher - Unmöglichkeit. Dem liegt der auch in § 275 vorausgesetzte Gedanke zugrunde, daß vom Schuldner etwas Unmögliches nicht geschuldet sein kann². Typische Schulfälle, an denen der Problemkreis der Zweckerreichung und deren Abgrenzung zu sonstigen Leistungshindernissen dargestellt wird, sind folgende, zum Teil recht phantasievoll entwickelte "Lebenssachverhalte":

- Das auf Grund gelaufene Schiff wird durch eine Sturmflut von selbst oder durch Schleppen eines vorbeikommenden Dritten wieder frei, bevor der beauftragte Bergungsschlepper eintrifft.
- Der zu behandelnde Patient wird vor Eintreffen des Arztes wieder gesund.
- Das beim Buchhändler bestellte Buch wird dem Kaufinteressenten vor Eintreffen der Bestellung von dritter Seite geschenkt.

Zu diesen Fällen ließe sich am ehesten für die Gewährung des von anderer Seite geschuldeten Naturalunterhalts eine Parallele ziehen, da auch hier bestimmte Handlungspflichten, wie Gewährung von Wohnung, Nahrung, Kleidung u. a. bestehen. Haben etwa Eltern ihr minderjähriges Kind auf die Straße gesetzt und nimmt ein Dritter es auf und gewährt im Nahrung und Unterkunft, so wäre es den Eltern im nachhinein nicht möglich, den von ihnen geschuldeten, aber zwischenzeitlich von einem Drit-

1) Die Bezeichnungen für die Fälle der Zweckerreichung sind in den einzelnen Darstellungen uneinheitlich: So spricht etwa Köhler S. 67 ff von "Primärzweckerreichung", Fikentscher § 39 VI 2 von "Inhaltserreichung".

2) "Impossibilium nulla obligatio", vgl Digesten 50, 17, 185.

ten geleisteten Unterhalt noch einmal zu leisten¹. Augenfälligster Unterschied zu den oben angedeuteten Schulfällen ist, daß die Naturalunterhaltspflicht nicht rechtsgeschäftlich, sondern gesetzlich begründet ist.

Bei dem gemäß § 1585 Abs 1 S 1 von dem geschiedenen Ehegatten geschuldeten Barunterhalt handelt es sich dagegen um eine Geldschuld. Da Geld beliebig kumulierbar ist, erscheint auf den ersten Blick eine Tilgung aufgrund Zweckerreichung für den Barunterhalt von vornherein ausgeschlossen, da die Zahlung eines bestimmten Geldbetrages nicht unmöglich werden kann. Das gilt insbesondere auch dann, wenn der Schuldner kein Geld hat, da Geldmangel den Schuldner nicht entlastet². Diese Sicht ließe jedoch unberücksichtigt, daß der Zweck der Unterhaltsrente sich nicht darin erschöpft, dem Gläubiger einen bestimmten Geldbetrag zuzuwenden; vielmehr ist die Unterhaltsrente insoweit in besonderem Maße finalisiert, als sich der Bedürftige mit diesem Betrag die vom Verpflichteten geschuldete Unterhaltung selbst ermöglichen soll. Dieses Verständnis ist auch bereits in den Motiven maßgeblich erkennbar. Dort wird zutreffenderweise der Gegenstand der Unterhaltspflicht nicht in den einzelnen Leistungen als solchen gesehen, sondern in der "Befriedigung der Bedürfnisse des Berechtigten durch Darreichung der dazu erforderlichen Mittel", woraus die Konsequenz gezogen wird, daß die Alimentation nicht der außerhalb des Inhalts der Obligation liegende Zweck ist, sondern zum Inhalt der Leistung selbst mit gehört³. Daraus folgern die Motive unter Anknüpfung an den gemeinrechtlichen Grundsatz "in praeteritum non vivitur", daß eine Befriedigung von Unterhaltsbedürfnissen für die Vergangenheit der

1) So ein Beispielsfall bei Holzhauer S. 17.

2) Pal/Heinrichs § 245 Anm 2 aE
MK/Emmerich § 279 Rdn 3.

3) Mot IV S. 705.

Natur der Sache nach nicht möglich ist und diese Unmöglichkeit zur Befreiung des Schuldners führt.

1 Stellungnahmen in Rechtsprechung und Lehre zur Problematik der Zweckerreichung bei Unterhaltsleistungen

In der Rechtsprechung hat - soweit ersichtlich - lediglich das Reichsgericht¹ die Auswirkung einer Unterhaltsgewährung durch einen Nichtverpflichteten auf den Bestand der Unterhaltspflicht des wahren Schuldners untersucht. Im entschiedenen Fall ging es um Unterhaltsgewährung an ein minderjähriges Kind durch einen Nichtverpflichteten. Das Reichsgericht nahm an, die dauerhafte Unterhaltsgewährung durch einen Nichtverpflichteten in dem Maße, wie sie der Schuldner zu erbringen hätte, lasse beim Empfänger die Anspruchsvoraussetzung der Bedürftigkeit entfallen. Das Kind sei aufgrund der tatsächlichen Erlangung der Unterhaltsleistungen in der Lage, sich selbst zu unterhalten, so daß die Unterhaltspflicht des eigentlichen Schuldners erlösche. Insgesamt sehr vage führte das LG Traunstein² aus, ein Erlöschen des Unterhaltsanspruchs infolge Drittleistung sei außer in den Fällen des § 267 nicht denkbar, da sich aus § 1709 Abs 2 aF³ "ganz eindeutig" ergebe, daß Unterhaltsansprüche aufrechterhalten blieben, auch wenn der Bedürftige Unterhalt von dritter Seite bezogen habe. Auf den Gesichtspunkt der Zweckerreichung wurde dabei nicht eingegangen.

In der Lehre finden sich verschiedentlich Ansätze, die Problematik des Unterhaltsregresses über das Institut

1) RG JW 23, 76, r. Sp. im Anschluß an
RG JW 04, 340,

2) LG Traunstein NJW 54, 1726, 1727.

3) Heute § 1615 b.

der Zweckerreichung zu lösen, allerdings fast ausschließlich in älteren Arbeiten¹.

So nahmen ausdrücklich schon v. Blume² und später Böhmer³, ihm folgend Seuffert⁴ sowie Deubner⁵ einen Untergang der Unterhaltsschuld durch Zweckerreichung an. Ebenfalls von einem "Untergang" der Alimentationspflicht im Falle der Drittleistung spricht insgesamt recht vage Dölle⁶.

Andere meinten, bei Unterhaltsleistung durch einen Nichtverpflichteten entfalle bereits das Tatbestandsmerkmal der Bedürftigkeit, so daß der eigentlich Verpflichtete keinen Unterhalt mehr schulde⁷ und kommen damit der Lösung des Reichsgerichtes nahe. Dogmatisch unklar bleibt der Ansatz von Mühl⁸, der zwar eine Zweckerreichung ablehnt, jedoch auf die Besonderheiten des Unterhaltsrechts insoweit eingeht, als er aus dem Zweck der erbrachten Leistung, den Lebensbedarf des Bedürftigen zu decken, folgert, das Empfangene solle dem Empfänger endgültig verbleiben und dem Putativschuldner daher ein Bereicherungsanspruch gegen den Unterhaltspflichtigen wegen ersparter Verwendungen zustehen. Brüggemann⁹ lehnt im Zusammenhang mit der Diskussion

-
- 1) Vgl im einzelnen die folgenden Nachweise, aus neuester Zeit lediglich Holzhauser S. 17 und in der Wolf-FS S. 241.
Dies kann nicht überraschen, wenn man bedenkt, daß sich Untersuchungen zum Unterhaltsregreß ganz überwiegend mit dem Scheinvaterregreß auseinandersetzen, dieser Problembereich aber, wie schon gezeigt wurde, durch die Neufassung in § 1615 b von vielen Rechtsproblemen befreit wurde.
 - 2) v. Blume JW 23, 76 (Anm zu RG JW 23, 76).
 - 3) Böhmer NJW 55, 210 f.
 - 4) Staud/Seuffert 10./11. Aufl § 812 Rdn 11 a.
 - 5) Deubner NJW 67, 1947, 1948.
 - 6) Dölle Bd II § 86 XI 2.
 - 7) So etwa Staud/Gotthardt 10./11. Aufl § 1602 Rdn 33 Köhler NJW 57, 940.
 - 8) Soergel-Siebert/Mühl 10. Aufl § 812 Rdn 33.
 - 9) Brüggemann ZBlJugR 54 (1967), 108, 111.

um den Scheinvaterregreß unter Geltung des § 1709 Abs 2 aF bei Leistungen an nichteheliche Kinder Zweckerreichung ab, da § 1613 nicht anwendbar sei. Er sieht jedoch in dem Grundsatz "in praeteritum non vivitur" einen Hauptanwendungsfall der "Erfüllung durch Zweckerreichung". Im Anschluß an Brüggemann lehnt auch Dieckmann¹ für den Fall des Scheinvaterregresses ein Erlöschen der Unterhaltsverbindlichkeit infolge Zweckerreichung ab; ob dies auch außerhalb des Nichtehelichenrechts gelten soll, läßt er jedoch offen.

Von den beiden angesprochenen Lösungsansätzen der fehlenden Bedürftigkeit und der Zweckerreichung erscheint allein letzterer einer näheren Betrachtung wert. Die Annahme, die Unterhaltsgewährung durch einen Dritten lasse die Anspruchsvoraussetzung der Bedürftigkeit entfallen, ist verfehlt, weil die bestehende Bedürftigkeit gerade erst die - rechtsgrundlose - Unterhaltsgewährung durch den Dritten ausgelöst hat. Die Bedürftigkeit des Unterhaltsgläubigers ist absolut zu sehen; der Unterhaltsempfänger kann nicht dem Verwandten gegenüber bedürftig sein, dem geschiedenen Ehegatten gegenüber dagegen als nichtbedürftig gelten². Bei einer anderen Sicht käme es entscheidend auf den Zeitpunkt der Zuwendung von Unterhaltsbeiträgen durch Dritte an: Eine Befreiung des Unterhaltsschuldners träte nur dann

1) Dieckmann JuS 69, 101, 104.

2) Insoweit ist die Unterhaltsgewährung durch einen Putativschuldner nicht mit dem Fall vergleichbar, daß der "Bedürftige" einen Anspruch auf andere Zahlungen hat, die ihrem Zweck nach die Bedürftigkeit des Anspruchsinhabers mindern, wie es etwa bei Rentenansprüchen aufgrund durchgeführten Versorgungsausgleichs der Fall ist, vgl dazu BGH NJW 82, 1147, 1148. Etwas anderes gilt zB für die Zahlung darlehensweise gewährter BAföG-Leistungen. Dort folgt aus dem Umstand, daß die Zahlungen nur darlehensweise erfolgen, daß diese die Unterhaltspflicht der Eltern nicht kürzen; vgl dazu OLG Karlsruhe NJW 84, 2954 f.

ein, wenn der rechtsgrundlos zugewendete Betrag bereits vor Beginn jeder allmonatlich erneut entstehenden Unterhaltsperiode¹ zugewendet würde, so daß zu ihrem Beginn, also zu dem für die Unterhaltsschuld des wahren Verpflichteten ausschlaggebenden Zeitpunkt, eine Bedürftigkeit fehlte. Zahlte der Dritte dagegen erst nach Beginn der Unterhaltsperiode, so läge Bedürftigkeit vor mit der Folge, daß ein Erlöschen der Schuld nicht eintreten könnte.

Der Lösungsweg über eine fehlende Bedürftigkeit knüpft offenbar an die aus dem Schadensrecht bekannte Problematik der Vorteilsausgleichung an. Die in diesem Zusammenhang häufig erörterte Frage, ob der nach § 843 durch Zahlung einer Geldrente zu ersetzende Schaden beim Schadensersatzgläubiger durch die Unterhaltsleistung seitens eines unterhaltspflichtigen Verwandten entfällt², findet in den hier erörterten Fällen keine Parallele, weil der unterhaltsleistende Verwandte in der Erkenntnis, daß ein anderer schadensersatzpflichtig ist, seine Leistungen nur aushilfsweise, vorbehaltlich der Deckung des Schadens durch den dazu in erster Linie verpflichteten Schädiger erbringt, nicht aber in der irrigen Annahme, selbst der endgültig Verpflichtete zu sein. Im übrigen ist die gesamte Problematik der Vorteilsausgleichung eine speziell schadensrechtliche, die die Rechtsfolgenseite betrifft und nicht die Anspruchsvoraussetzungen.

-
- 1) Der Monatsabstand des Fälligwerdens der einzelnen Unterhaltsrenten folgt für den Geschiedenenunterhalt aus § 1585 Abs 1 S 2, gleiches gilt für Verwandtenunterhalt nach § 1612 Abs 3.
 - 2) Diese Frage ist deshalb problematisch, weil das Gesetz in § 843 Abs 4 lediglich die Frage der Anrechnung des Unterhaltsanspruchs auf den Schaden des Verletzten regelt, nicht aber klarstellt, ob und inwieweit die Erfüllung der Unterhaltspflicht den Bestand des Schadensersatzanspruchs beeinflußt. In diesem Zusammenhang wird vereinzelt sogar eine analoge Anwendung des § 1607 II vorgeschlagen; so schon Bach JW 14, 730, jetzt wieder Thiele AcP 167, 219 ff.

2 Anerkannte Grundsätze zur Zweckerreichung

Die Darstellungen¹ zur Behandlung von Zweckerreichungsfällen setzen sich im wesentlichen mit zwei Fragen auseinander, nämlich zum einen mit dem rechtlichen Schicksal der Leistungspflicht des Schuldners und zum anderen mit dessen Anspruch auf die Gegenleistung. Dies ergibt sich zwanglos daraus, daß den zu diesem Problemkreis untersuchten Fällen regelmäßig gegenseitige Verträge zugrunde liegen, bei denen die Leistung - im Schiffsbergefall etwa das Freischleppen - für den Gläubiger uninteressant geworden ist, der Schuldner aber gleichwohl leistungsbereit ist und daher die Gegenleistung oder zumindest eine angemessene Vergütung für seinen bisherigen Aufwand verlangt. Dagegen interessiert bei dem einseitigen, gesetzlich begründeten Unterhaltsverhältnis lediglich das rechtliche Schicksal der Leistungspflicht.

a Der Begriff der Zweckerreichung

Vor einer Betrachtung der Rechtsfolgen einer Zweckerreichung ist eine inhaltliche Konkretisierung dieses dem BGB fremden Begriffs geboten. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch kann der Begriff sehr weitgehend verstanden werden. So kann eine Zweckerreichung etwa in dem oben skizzierten Buchgeschenkfall angenommen werden, da der mit der Buchbestellung verfolgte Zweck, ein bestimmtes Buch zu besitzen, mit dem Erhalten eben dieses Buches durch einen Dritten für den Besteller erreicht ist.

Ein solch weitgehendes Verständnis der Zweckerreichung

1) Grundlegend sind insoweit die Arbeiten von Beuthien, Zweckerreichung und Zweckstörung
Larenz, Geschäftsgrundlage und
Köhler, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage.

liegt den sich mit dieser Frage befassenden Arbeiten jedoch nicht zugrunde. Vielmehr wird - wenn auch mit unterschiedlichen Formulierungen - eine Zweckerreichung immer nur dann angenommen, wenn der Eintritt des vertraglich geschuldeten Leistungserfolges ohne ein Leistungsverhalten des Schuldners - also entweder von selbst durch ein Naturereignis oder durch ein nicht auf das Schuldverhältnis bezogenes Handeln eines Dritten - beim Schuldner eingetreten ist¹. Eine Konkretisierung des Begriffs läßt sich am ehesten durch die Abgrenzung zu benachbarten aber gerade nicht als Fälle der Zweckerreichung verstandenen Konstellationen erreichen.

Zunächst liegt keine Zweckerreichung vor, wenn nicht das rechtlich individualisierte, sondern ein anderes, lediglich wirtschaftlich äquivalentes Gläubigerinteresse verwirklicht wird². Danach ist in dem oben angesprochenen Buchgeschenkfall keine Zweckerreichung eingetreten, weil nicht der von dem Buchhändler geschuldete Leistungserfolg der Beschaffung des bestellten Buches eingetreten ist. Es ist lediglich das wirtschaftlich gleichwertige Interesse des Bestellers, ein bestimmtes Buch zu erhalten, auf andere Weise befriedigt worden.

Die Zweckerreichung ist ferner von den Fällen abzugrenzen, in denen Leistungshandlung und Leistungserfolg vom Schuldner noch erbracht werden können, der Gläubiger an der Erbringung aber kein Interesse mehr hat, weil ein mit der Leistung verfolgter weiterer

1) Larenz SchuldR I § 21 I c
Esser/Schmidt AT § 23 III 1 b
Köhler S. 2 und insbes S. 67 ff
Beuthien S. 27
Fikentscher § 39 VI
Emmerich § 25 I 2 c u. d
MK/Emmerich vor § 275 Rdn 74
Pal/Heinrichs § 275 Anm 1 d.

2) Köhler S. 67 im Anschluß an
Wieacker Nipperdey-FS S. 806.

Zweck auf andere Weise erreicht wurde¹ oder, wie Beuthien es ausdrückt², eine "Zweckstörung bei scheinbar noch erbringbarer Leistung" vorliegt. Jeder Gläubiger erstrebt mit der Leistung neben dem eigentlichen weitere Zwecke, die als Verwendungs- oder Gebrauchszwecke bezeichnet werden können³, um die sich der Schuldner jedoch nicht zu kümmern braucht. Auch der anderweitige Eintritt eines solchen weiteren Zwecks stellt keine Zweckerreichung dar.

Im Hinblick auf die begriffliche Unschärfe der Zweckerreichung ist verschiedentlich versucht worden, zur klareren Abgrenzung die hier als Zweckerreichung verstandenen Lebenssachverhalte mit anderen Begriffen zu beschreiben. So spricht etwa Köhler recht plastisch von "Primärzweckerreichung"⁴, Fikentscher von "Inhalts-erreichung"⁵. Trotz der terminologischen Unzulänglichkeiten soll hier wegen der allgemeinen Gebräuchlichkeit am Begriff der Zweckerreichung, verstanden in dem oben beschriebenen engeren Sinne, festgehalten werden.

b Auswirkung der Zweckerreichung auf die Leistungspflicht des Schuldners

Für die rechtliche Bedeutung der Zweckerreichung ist ausschlaggebend, ob diese dem Schuldner die Leistung unmöglich gemacht hat - mit der Folge des Erlöschens der Leistungspflicht, "impossibilium nulla obligatio" - oder ob sich der Gläubiger lediglich in Annahmeverzug befindet.

Die Abgrenzung zwischen beiden Arten von Leistungs-

1) Köhler S. 8/9 u. S. 68, diese Unterscheidung trifft auch
Larenz SchuldR I § 21 I c.

2) Beuthien S. 145 ff.

3) Köhler S. 8/9.

4) Köhler S. 67 ff.

5) Fikentscher § 39 VI 2.

störungen hängt nach allen heute noch vertretenen Meinungen allein davon ab, ob die Leistung noch erbracht werden kann oder nicht¹. Dies hängt wiederum von der Definition der Leistung ab, das heißt davon, ob die Vertragsparteien (oder bei gesetzlichen Schuldverhältnissen das Gesetz) unter Leistung nur die Leistungshandlung oder auch die Herbeiführung des Leistungserfolgs verstehen. In den Fällen der Zweckerreichung könnte der Schuldner seine Leistungshandlung "als solche" zwar noch vornehmen², er kann sie aber nicht mehr in dem vertraglich gemeinten Sinne als erfolgsggeeignete Handlung bewirken, weil der mit der Leistungshandlung bezweckte konkrete Leistungserfolg bereits zuvor auf andere Weise verwirklicht wurde. Nach heute ganz herrschender Meinung gehört zur Leistung auch der Leistungserfolg³. Folgerichtig werden daher heute die Fälle der Zweckerreichung als Fälle der Unmöglichkeit angesehen⁴. Der Leistungserfolg, der durch eine Handlung des Schuldners bewirkt werden sollte, ist bereits auf andere Weise herbeigeführt

- 1) Pal/Heinrichs § 293 Anm 2 b
Staud/Löwisch vor §§ 293 ff Rdn 3 u. 4
Larenz SchuldR I § 25 I.
Anders die früher geltende sog Abstrahierungsformel, die in den Fällen, in denen der Schuldner die Leistung erbringen konnte, sofern nur der Gläubiger es an seiner Mitwirkung nicht fehlen ließe, nur Schuldnerverzug annahm: Nw dazu bei Köhler S. 18 Fn 3.
- 2) Esser/Schmidt AT § 23 III 1 b.
So kann etwa das bereits wieder freigekommene Schiff noch geschleppt, der bereits genesene Patient noch behandelt werden.
- 3) Grundlegend insoweit die eingehende Darstellung von Wieacker Nipperdey-FS S. 783 ff, ebenso
Esser/Schmidt AT § 23 III 1
Larenz SchuldR I § 21 I c
Pal/Heinrichs § 275 Anm 1 d.
- 4) Larenz SchuldRI § 21 I c
Esser/Schmidt AT § 23 III 1 b
Beuthien S. 16
Köhler S. 18 ff
Staud/Löwisch § 275 Rdn 9
MK/Emmerich vor § 275 Rdn 75.

worden und kann nicht nochmals bewirkt werden, insbesondere auch nicht mehr nachgeholt werden. Damit stellt die Zweckerreichung einen Erlöschensgrund für das Schuldverhältnis dar.

3 Zweckerreichung bei Unterhaltsschulden

Im folgenden ist zu untersuchen, ob auch bei Unterhaltsverpflichtungen, namentlich bei Barunterhaltsschulden, eine Zweckerreichung eintreten kann, das heißt, ob die Unterhaltsgewährung von dritter Seite beim Berechtigten den vom Unterhaltsschuldner geschuldeten Leistungserfolg hat eintreten lassen. In diesem Falle wäre die Unterhaltspflicht des geschiedenen Ehegatten wegen Unmöglichkeit erloschen.

a Wesen der Barunterhaltspflicht in ihrer gesetzlichen Ausprägung

Augenfälligster Unterschied zwischen Unterhaltszahlungen und den Schulfällen der Zweckerreichung ist, daß die vom Schuldner zu erbringende Leistung im ersteren Falle in der Zahlung einer monatlichen Unterhaltsrente besteht, im letzteren dagegen in einer bestimmten Handlungspflicht.

Dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, daß Geldmangel den Schuldner nicht entlastet¹, liegt die Vorstellung zugrunde, daß die Erfüllung einer Geldschuld niemals unmöglich sein kann. Übertrüge man diesen Satz unmittelbar auf die Barunterhaltsschuld, dann käme ein Erlöschen der Unterhaltspflicht durch Zweckerreichung nicht in Betracht. Es könnte nicht einmal von einem Interessewegfall auf seiten des Gläubigers - nachdem er die

1) Larenz SchuldR I § 20 I
MK/Emmerich § 279 Rdn 3
Pal/Heinrichs § 245 Anm 2 aE.

verstrichenen Unterhaltszeiträume "verlebt" hat - gesprochen werden, denn an der Zahlung eines Geldbetrages wird der Gläubiger im Zweifel immer Interesse haben.

Bei einer solchen Betrachtung bliebe jedoch der spezifische Zweck der Unterhaltsleistung außer Betracht: Wenn das Gesetz die Unterhaltsschuld auch in den meisten Fällen nicht als Natural-, sondern als Barunterhaltsschuld ausgestaltet hat, so geht es doch nicht, wie bei Geldschulden üblich, darum, das Vermögen des Anspruchsinhabers allgemein um einen bestimmten Geldbetrag zu vermehren. Vielmehr ist der geschuldete Betrag dazu bestimmt, dem Berechtigten, der aufgrund seiner wirtschaftlichen Lage unfähig ist, sich selbst zu unterhalten, die Möglichkeit zu eröffnen, sich die zum Leben erforderlichen Gegenstände selbst zu beschaffen. Dem trägt das Gesetz dadurch Rechnung, daß der Unterhaltsschuldner nicht etwa einen einmaligen Kapitalbetrag¹ - der dem Bedürftigen zum Aufbau einer eigenen Existenz verhelfen könnte und so nur mittelbar zur Bedarfsdeckung diene - schuldet, sondern eine monatlich im voraus zu zahlende Unterhaltsrente, die unmittelbar die Beschaffung der zur Deckung des gegenwärtigen Bedarfs erforderlichen Gegenstände ermöglichen soll. Eine weitere Besonderheit der Barunterhaltungspflicht besteht darin, daß diese zunächst² keine "normale" Geldschuld in dem Sinne ist, daß der Gläubiger dem Schuldner die Verfügungsmöglichkeit über den durch einen Nennbetrag ausgedrückten Vermögenswert zu verschaffen

1) Gemäß § 1585 Abs 2 kann der Berechtigte eine Kapitalabfindung lediglich aus wichtigem Grund verlangen. Dahingehende einvernehmliche Vereinbarungen sind nach § 1585 c jedoch möglich.

2) Auch die hier vorliegende Geldwertschuld geht notwendig zu irgendeinem Zeitpunkt in eine Geldbetrags- oder Summenschuld über, weil sie nur durch die Zahlung einer Geldsumme erfüllt werden kann, vgl Larenz SchuldR I § 12 VI.

hätte (sogenannte Geldbetrags- oder Geldsummenschuld). Vielmehr ergibt sich daraus, daß der mit der Unterhaltsrente zu deckende Lebensbedarf des Bedürftigen keine monetäre Größe darstellt, daß die Barunterhaltsschuld eine sogenannte Geldwertschuld ist¹. Den Wertschulden - dazu gehören neben Unterhaltsschulden insbesondere Schadensersatz- und Bereicherungsschulden² - ist gemein, daß bei diesen Geld in erster Linie als Wertübertragungsmittel fungiert, mit dem ein bestimmter Zustand (beim Unterhaltsanspruch eben die Deckung des Lebensbedarfs) hergestellt werden soll³. Dies verdeutlicht die bereits oben⁴ angesprochene besondere Finalisierung der Barunterhaltspflicht.

Damit gleicht die Barunterhaltspflicht ihrem Zweck nach der Naturalunterhaltspflicht, lediglich die Art der Unterhaltsgewährung ist eine andere.

Früher wurde allerdings vereinzelt für den Nichteheichenunterhalt die Auffassung vertreten, ein Erlöschen dieses Anspruchs durch Zweckerreichung komme nicht in Betracht, da mit dem Unterhaltsanspruch des nichteheichen Kindes kein über die bloße Vermögensvermehrung hinausgehender Zweck verfolgt werde⁵. Diese Auffassung stützte sich auf die Besonderheit, daß der nichteheiche Vater nach § 1708 Abs 1 aF dem Kind bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres unabhängig von dessen Bedürf-

1) Dazu ausführlich v. Maydell S. 282 ff, insbes 284, ebenso
MK/Emmerich § 244 Rdn 14.

2) Eine Aufstellung der anerkannten Geldwertschulden findet sich etwa bei v. Maydell, S. 282 ff
Larenz SchuldR I § 12 VI
Pal/Heinrichs § 245 Anm 2.

3) So v. Maydell S. 282.

4) So S. 189 ff .

5) Sinn NJW 68, 526, 529
Dieckmann JuS 69, 101, 104
Brüggenmann ZBlJugR 54 (1967) 108, 111 zu bb aF,
der dieses Ergebnis allerdings aus der Nichtgeltung des § 1613 ableitet.

tigkeit Unterhalt schuldete. Ganz abgesehen davon, daß für Geschiedenenunterhalt die Bedürftigkeit Anspruchsvoraussetzung ist, so daß diese Argumentation für den vorliegend zu beurteilenden Fall ohnehin keine Geltung hätte, kann dieser Ansicht aber auch für den Nichteheleichenunterhalt nicht zugestimmt werden. Zwar ist richtig, daß es nach der früheren Regelung des § 17o8 Abs 1 aF auf eine Bedürftigkeit des Kindes nicht ankam, so daß der Unterhalt in jedem Falle geleistet werden mußte, also auch, wenn das Kind von Dritten unterhalten wurde¹. Ähnlich kann auch nach geltendem Recht gemäß § 1615 f Regelunterhalt ohne Nachweis einer Bedürftigkeit verlangt werden. Diese Regelungen bedeuten aber nicht, daß der Nichteheleichenunterhalt nicht dem Zweck der Bedürfnisbefriedigung dienen soll. Die besondere Regelung in § 17o8 aF diente vielmehr dazu, den durch seinen Bedarf, der vom Gesetz unwiderleglich vermutet wurde, bedingten Unterhaltsanspruch des Kindes zu pauschalisieren und typisieren². Dies kommt besonders deutlich in der geltenden Regelung des § 1615 f zum Ausdruck: Zweck der Neuregelung war es, durch eine einheitliche Unterhaltsbemessung in einem vereinfachten Verfahren³ das Kind vor Nachteilen zu bewahren, die ihm aufgrund seiner besonderen familiären Situation bei Gleichstellung mit dem ehelichen Kind entstehen könnten⁴. Die mit der Rechtsfigur des Regelunterhalts eingeführte Vergünstigung stellt daher lediglich eine Pauschalierung für die Höhe des als in der Regel gegeben unterstellten Bedarfs dar. Folgerichtig entfällt der Anspruch auf Regelunterhalt gemäß § 1615 f Abs 1 S 1,

1) Staud/Göppinger 10./11. Aufl § 17o8 Rdn 33.

2) Staud/Göppinger 10./11. Aufl § 17o8 Rdn 63.

3) Das gilt insbes auch in prozessualer Hinsicht; die Klage richtet sich nicht auf einen bestimmten Geldbetrag, sondern nur auf Regelunterhalt (§ 642 ZPO), die Höhe kann vom Rechtspfleger festgesetzt (und geändert) werden, § 642 b ZPO.

4) RegE BT-Drs 5/237o S. 48 zu § 1615 f.

2. Halbs dann, wenn das Kind im Haushalt des Vaters lebt; von einer Benachteiligung des nichtehelichen Kindes im Verhältnis zum ehelichen kann dann nicht mehr gesprochen werden. Damit gilt die Finalität des Unterhaltsanspruchs selbst in dem besonders gestalteten Nichtehelichenunterhalt.

Nach alledem kann festgehalten werden, daß der Barunterhaltsanspruch zwar seiner äußeren Gestalt nach ein Geldanspruch¹ ist, seinem dahinterstehenden Zweck nach jedoch eine bestehende Handlungspflicht, nämlich das Unterhalten, inhaltlich ausgestaltet. Der auf den ersten Blick gravierende Unterschied der Barunterhaltsschuld zu den im Zusammenhang mit dem Problembereich der Zweckerreichung angesprochenen Fallgruppen einzelner Handlungspflichten besteht bei Einbeziehung des mit der Geldzahlung verfolgten Zweckes nicht mehr. Im Ergebnis ist daher eine Vergleichbarkeit der Situationen hinsichtlich der geschuldeten Leistung zu bejahen.

b Möglichkeit der Nachholung von Unterhaltsleistungen

Für die Frage, ob die Unterhaltungspflicht des geschiedenen Ehegatten infolge Zweckerreichung erloschen ist, kommt es entscheidend darauf an, ob die Unterhaltsgewährung des Dritten bereits den vom Ehegatten geschuldeten Leistungserfolg hat eintreten lassen, so daß dieser nicht noch einmal herbeigeführt werden kann.

aa Nachholbarkeit der Unterhaltsgewährung, soweit gar keine Leistungen erfolgt sind

Offenbar ausgehend von der Vorstellung, daß der Berech-

1) Dabei kann offenbleiben, ob der Barunterhaltsanspruch als sog Geldwert- oder Geldsummenschuld anzusehen ist. Letztlich wird jede Geldschuld zu einer Geldsummenschuld.

tigte während eines bestimmten Zeitraums gar keine Unterhaltsleistungen empfangen hat, setzt sich Brügge-
mann¹ mit der Frage der Nachholbarkeit von Unterhalt auseinander. Ausgehend von dem gemeinrechtlichen Satz "in praeteritum non vivitur" lehnt er jede Nachholbarkeit ab, und zwar unabhängig davon, ob der Berechtigte gewissermaßen ohne Unterhalt gelebt hat - sich also durch besonders anspruchslose Lebensführung oder auf andere Weise, etwa mit Almosen "durchgeschlagen" hat - oder ob er Unterhalt von Dritten erhalten hat.

Wie oben dargestellt, ist die Unterhaltungspflicht in besonderem Maße finalisiert in dem Sinne, daß die Ermöglichung des Lebenskönnens in der jeweiligen Unterhaltsperiode nicht nur ein weiterer Zweck im Sinne eines Gebrauchs- oder Verwendungszwecks ist, sondern Inhalt der Leistungspflicht oder - um mit Köhler zu sprechen - Primärzweck. Streng genommen müßte daher mit Ablauf der jeweiligen Unterhaltsperiode die Erfüllung unmöglich werden². Der Gesetzgeber hat nur scheinbar ein anderes Verständnis, wenn er in § 1613 unter bestimmten Voraussetzungen den Unterhaltsschuldner zur Erfüllung des Unterhaltsanspruchs für die Vergangenheit verpflichtet. Daß der Gesetzgeber eine Erfüllung der Unterhaltsschuld nicht für möglich hält, wurde oben anhand der Motive nachgewiesen. Vielmehr stellt § 1613 nur unter den dort genannten Voraussetzungen den Unterhaltsschuldner so, als ob noch zu erfüllen sei. Kropholler, der den Widerspruch zwischen dem Unterhaltungszweck und der in § 1613 normierten Nachholbarkeit von Unterhalt angesprochen hat, versteht den "Unterhaltsanspruch für die Vergangenheit" seinem Wesen nach als Ersatz-, nicht als Unterhaltsanspruch, da eine Befriedigung der Bedürfnisse für die Vergangenheit naturgemäß nicht mög-

1) Brügge mann Bosch-FS S. 89 ff.

2) So auch Brügge mann aaO S. 91 Fn 5.

lich sei¹. Gleichwohl kann der Gesetzgeber vorschreiben, daß eine Sachlage so behandelt werden soll, als ob Erfüllung möglich sei. Es erscheint daher zutreffend, mit Brüggemann² - jedenfalls für den Barunterhalt - von einem "singulär erweiterten Erfüllungsbegriff" zu sprechen. Der geschuldete Unterhaltsbetrag kann zwar nicht mehr zweckentsprechend erfüllt werden, wohl aber kann die Zahlung eines Geldbetrages noch erfolgen, so daß ein Anspruch auf Nachholung bestehen kann³. Dieses von der Fassung des § 1613 geprägte Verständnis läuft auch - jedenfalls soweit es wie hier um Barunterhalt geht - nicht dem Satz "in praeteritum non vivitur" zuwider. Hier wirkt sich aus, daß der Unterhalt als Geldrente geschuldet ist. Geldbeträge sind im heutigen Wirtschaftsleben kreditierbar; ein "nachgeholter" Unterhalt kann zur Tilgung von Schulden verwendet werden⁴.

bb Keine Nachholbarkeit bei erfolgten Zuwendungen durch Dritte

Aus der besonderen Finalisierung des Unterhaltsanspruchs ergibt sich aber, daß eine Nachholung dann nicht möglich ist, wenn der Unterhaltserfolg beim Berechtigten eingetreten ist. In diesem Fall ist es dem Schuldner nicht mehr möglich, die Unterhaltung nachzuholen; eine doppelte Unterhaltung einer Person für denselben Zeitabschnitt ist nicht möglich.

Voraussetzung für einen Anspruchsuntergang gerade durch die zur Zweckerreichung führende Unterhaltsge-

1) Kropholler FamRZ 65, 415

2) Brüggemann aaO S. 91

3) Vgl dazu schon die Motive (Mot IV S. 706):
"Nachzahlung" der Geldrente.

4) Dieser Gesichtspunkt wird bereits in den Motiven (Mot IV S. 705/706) angesprochen; auch dort wird die Möglichkeit, Schulden zu machen, gesehen.

währung des Dritten ist jedoch, daß der jeweilige Unterhaltsanspruch nicht schon zuvor durch "Zeitablauf" untergegangen ist. Hier stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen Zweckerreichung und § 1585 b. Abgesehen von den Tatbestandsvoraussetzungen der Rechtshängigkeit oder des Verzuges kann die Drittleistung nur dann Tilgungswirkung haben, wenn sich diese nicht auf einen Unterhaltsanspruch für die Vergangenheit bezieht. Allgemeiner ausgedrückt kann die Drittzahlung nur tilgende Wirkung haben, wenn sie vor Eingreifen des Erlöschensgrundes des § 1585 b erfolgt. Das beurteilt sich nach dem Leistungszeitraum, während dessen die monatlich neu entstehende Unterhaltsschuld vom Berechtigten geltend gemacht werden kann. Der Fälligkeitszeitpunkt bestimmt sich nach § 1585 Abs 1 S 2, nach dem die Unterhaltsrente "monatlich im voraus" zu entrichten ist. Da somit in monatlichen Abständen eine neue Unterhaltsperiode zu laufen beginnt¹, liegt es nahe, von "Unterhalt für die Vergangenheit" zu sprechen, sobald eine neue Unterhaltsperiode begonnen hat, also nach einem Monat seit Fälligkeit. Dies widerspricht nicht dem Wesen des Unterhaltsanspruchs: Barunterhalt ist - anders als Naturalunterhalt - in gewissem Maße nachholbar, es kann also beispielsweise

1) Mehr läßt sich § 1585 Abs 1 S 1 nicht entnehmen. Allerdings wird die Frage nach dem genauen Fälligkeitszeitpunkt nicht einheitlich beantwortet: Teilweise wird § 1612 Abs 3 S 1 (und damit dem insoweit gleichlautenden § 1585 Abs 1 S 2) entnommen, die Geldrente werde an jedem Monatsersten fällig (so Soergel/Lange § 1612 Rdn 18; MK/Köhler § 1613 Rdn 3; OLG Celle FamRZ 79, 1058). Richtig erscheint es jedoch, mit Brüggemann (Bosch-FS S. 92, ihm folgend OLG Bamberg FamRZ 80, 916) davon auszugehen, daß § 1585 nur eine Aussage über den Fälligkeitszeitpunkt in Bezug auf die Bemessung der Unterhaltsperiode trifft, nicht jedoch über seinen Ort im Kalender, so daß der Unterhaltsanspruch mit dem Tag des die Unterhaltungspflicht auslösenden Umstandes, also der Scheidung, eintritt und von diesem Zeitpunkt an in monatlichen Abständen entsteht.

auch am 20. Tag einer laufenden Unterhaltsperiode für den gesamten Zeitabschnitt Unterhalt gewährt werden. Die gesetzliche Ausgestaltung des Unterhaltsanspruchs als monatlich wiederkehrende Rente zeigt, daß der Berechtigte eine größtmögliche Freiheit in der Verwendung des Betrages haben soll, er möglicherweise auch nicht genau den gegenwärtigen Bedarf deckt, sondern entweder einen Teil des Geldes zurücklegt, um später größere Anschaffungen zu machen oder etwa für eine solche einen Kredit aufnimmt, um diesen nach und nach von den Unterhaltseinkünften zu tilgen.

Da der vermeintliche Schuldner regelmäßig zur Deckung des gegenwärtigen Bedarfs zahlen wird, wird seine Zuwendung regelmäßig in den Zeitraum der jeweils laufenden Unterhaltsperiode fallen. Dann zahlt er nicht auf einen - vom Schuldner nicht geschuldeten - Anspruch für die Vergangenheit.

Wegen § 1585 b könnte lediglich der Fall anders zu beurteilen sein, daß der Dritte dem Bedürftigen - insbesondere bei der ersten Zahlung - nicht lediglich den zur Deckung des gegenwärtigen Bedarfs erforderlichen Betrag zuwendet, sondern ihm durch Zahlung eines höheren Betrages zunächst einmal die "Nachholung von Versäumtem" ermöglichen will, bevor er durch weitere regelmäßige Leistungen den jeweils gegenwärtigen Bedarf des Berechtigten decken will. Hier käme es in der Tat auf die Voraussetzungen des § 1585 b an. Diese Fallgestaltung erscheint in den hier untersuchten Rückgriffsfällen jedoch so wenig praxisnah, daß eine genauere Behandlung entbehrlich ist.

c Herbeiführung des Unterhaltserfolges beim Berechtigten

Für die Zweckerreichung kommt es damit entscheidend darauf an, wann davon gesprochen werden kann, daß der Berechtigte von dem Dritten unterhalten worden ist.

Daß der Unterhaltserfolg nicht mit dem bloßen "Überlebenserfolg" gleichgesetzt werden kann, wurde oben schon gezeigt. Hier ist jedoch der Umfang des Unterhalts näher zu bestimmen. Rein tatsächlich betrachtet könnte bereits dann von einer Unterhaltung gesprochen werden, wenn ein Dritter eine bestimmte Menge an Leistungen (seien es Naturalleistungen, sei es ein Geldbetrag) erbringt, die dem Bedürftigen eine Lebensführung in zwar bescheidener aber menschenwürdiger Weise ermöglichen. Zu denken wäre hier als Maßstab an das Sozialhilfemaß (§ 2 BSHG).

aa Relative Bedarfsbestimmung des § 1578

Diese Betrachtung würde aber zum einen der gesetzlichen Ausgestaltung des Geschiedenenunterhalts nicht gerecht und zum anderen zu einem unbilligen Ergebnis führen. Durch eine möglicherweise nur geringe Leistung des Dritten würde nämlich der geschiedene Ehegatte von seiner nach § 1578 zu bestimmenden, unter Umständen weit höheren Unterhaltsschuld frei. Daher ist auf den konkreten, persönlichen Bedarf des Berechtigten abzustellen. Nur wenn dieser durch die Zuwendungen des Dritten in vollem Umfang gedeckt wird, kann von einer vollständigen Zweckerreichung gesprochen werden. Andernfalls kommt nur eine anteilige Zweckerreichung in Betracht, bei der der Rest-Unterhaltsanspruch - unter den Voraussetzungen des § 1585 b - bestehen bleibt.

Da der Unterhalt der Bedarfsdeckung beim Bedürftigen dienen soll, müßte konsequenterweise an den tatsächlich bei diesem bestehenden Bedarf angeknüpft werden. Dessen konkrete Feststellung erscheint jedoch nicht unproblematisch; zu denken wäre etwa an den Betrag, den der Unterhaltsberechtigte zur Fortführung seines bisherigen Lebensstils benötigen würde. Auch eine solche allein an der Person des Anspruchs-

inhabers orientierte Bedarfsfeststellung liefe aber der gesetzlichen Ausgestaltung des Geschiedenenunterhalts in § 1578 zuwider, nach der sich das Maß des geschuldeten Unterhalts an den "ehelichen Lebensverhältnissen" orientiert. Damit unterläßt das Gesetz eine Bedarfsfestlegung¹, sondern legt lediglich das Maß des geschuldeten Unterhalts fest. Dabei kommt es, anders als beim Maß des Verwandtenunterhalts, der sich an der Lebensstellung des Bedürftigen orientiert (§ 1610) nicht allein auf die Person des Anspruchsinhabers an. Das Unterhaltsmaß und damit zugleich der Bedarf wird teilweise - bzw in Hausfrauenehen, in denen die ehelichen Lebensverhältnisse ausschließlich vom Verdienst des Mannes geprägt werden, sogar ausschließlich - durch die Person des Ehegatten als Unterhaltsschuldner geprägt. Damit ist der Bedarf im Geschiedenenunterhalt nichts anderes als die Kehrseite des zur Verfügung stehenden gemeinsamen Einkommens². Dies dürfte in aller Regel dazu führen, daß der nach § 1578 wirklich geschuldete³ Unterhalt der Höhe nach von dem nach § 1610 zu bemessenden Verwandtenunterhalt, der im Falle der Wirksamkeit des Verzichts zu leisten wäre, abweicht. Die "Lebensstellung des Bedürftigen" wird in aller Regel nicht genau mit den "ehe-

-
- 1) § 1578 Abs 2, der den Bedarf betrifft, legt diesen nicht etwa der Höhe nach fest, sondern stellt nur klar, daß die dort aufgeführten Kosten zum Bedarf gehören.
 - 2) Dies gilt jedenfalls im Grundsatz. In der Praxis erfolgt die Unterhaltsberechnung unter Zuhilfenahme der von der Rspr entwickelten Unterhaltstabellen, von denen die bekannteste die seinerzeit vom LG Düsseldorf entwickelte und vom OLG fortgeführte "Düsseldorfer Tabelle" (letzte Neufassung FamRZ 84, 961) ist. Soweit diese Tabellen einen Selbstbehaltbetrag vorsehen, liegt darin eine gewisse Durchbrechung des von § 1578 aufgestellten Prinzips, da damit eine Verobjektivierung der Unterhaltsschuld erreicht wird.
 - 3) Auf die genauen Berechnungspraktiken (Faustregel: 3/7 des Netto-(Mehr-)Verdienstes) der Gerichte kann hier nicht eingegangen werden. Ausgangspunkt ist jedenfalls der gemeinsame Nettoverdienst.

lichen Lebensverhältnissen" übereinstimmen.

Eine vollständige Zweckerreichung kann daher nicht schon dann vorliegen, wenn der Berechtigte "irgendwie" unterhalten wurde, sondern nur, wenn der gesamte in dem konkreten Fall nach § 1578 geschuldeten Unterhalt von dem Dritten geleistet worden ist. Eine Bereicherung des Unterhaltsschuldners kann jedoch nie über das Maß des von ihm geschuldeten Unterhalts hinausgehen. Auch wenn die - wohlhabenden - Verwandten mehr leisten als der geschiedene Ehegatte gemäß § 1578 zu leisten verpflichtet wäre, ist dieser dennoch nur in Höhe des von ihm nach § 1578 geschuldeten Betrages befreit worden.

bb Zweckerreichung bei (teilweiser) Erbringung von Naturalunterhalt

Schließlich soll noch die Auswirkung einer der Art nach abweichenden Drittleistung dargestellt werden. Gerade in Fällen der Unterhaltung Geschiedener durch Verwandte wird es in der Praxis häufig vorkommen, daß der Bedürftige in den Haushalt der Eltern (oder Kinder) aufgenommen wird, dort Wohnung und Nahrung erhält und darüber hinaus einen Geldbetrag. Da der Naturalunterhalt im Verhältnis zu dem vom Ehegatten geschuldeten Barunterhalt kein aliud ist, sondern mit ihm der Lebensbedarf durch die "eigentliche" Form des Unterhalts gedeckt wird, kann auch hierdurch der Unterhaltserfolg herbeigeführt werden. Um diese Leistung an der geschuldeten messen zu können, muß der Wert des Naturalunterhalts angesetzt werden.

Im Ergebnis kann damit auch die Geschiedenenunterhaltungspflicht durch Zweckerreichung erlöschen. Dabei besteht die Besonderheit darin, daß das Maß der zur Zweckerreichung erforderlichen Leistungen keine feste Größe im Sinne eines bestimmten "Überlebensminimums",

ja nicht einmal eine tatsächliche, durch den persönlichen Lebensbedarf des Unterhaltsgläubigers bestimmte Größe darstellt, sondern durch die rechtliche Größe der ehelichen Lebensverhältnisse, die den Bedarf festlegt (§ 1578), bestimmt und damit von der wirtschaftlichen Situation des Unterhaltsschuldners (mit-) beeinflußt wird. Daraus folgt, daß die Zahlung eines bestimmten Geldbetrages bei dem einen Unterhaltsgläubiger zu einer vollständigen Zweckerreichung mit der Folge des Erlöschens des Unterhaltsanspruchs führen kann, bei dem anderen dagegen nur das teilweise Erlöschen der bestehenden Unterhaltspflicht bewirkt.

4 Bereicherung in sonstiger Weise auf Kosten des Dritten

Voraussetzung eines Anspruchs aus Nichtleistungskondiktion ist, daß die durch die Befreiung von der Unterhaltsverbindlichkeit beim Unterhaltsschuldner eingetretene Bereicherung in "sonstiger Weise" auf Kosten des zahlenden Verwandten ohne rechtlichen Grund eingetreten ist.

Die alternative Gesetzesfassung des § 812 Abs 1 S 1 "durch Leistung ... oder in sonstiger Weise" zeigt, daß nach § 812 Abs 1 S 1 2. Alt all diejenigen rechtsgrundlosen Vermögensverschiebungen rückabzuwickeln sind, die in anderer Weise als durch eine bewußte und zweckgerichtete Zuwendung eingetreten sind. Erforderlich ist jedoch eine unmittelbare Vermögensverschiebung, das heißt, die Vermögenseinbuße beim Bereicherungsgläubiger muß dem - rechtsgrundlosen - Vermögenszuwachs beim Bereicherungsschuldner entsprechen. Das ist in den Fällen der Unterhaltszahlung durch einen Nichtverpflichteten gegeben, da die Zuwendung der Unterhaltsbeiträge infolge der damit bewirkten Zweckerreichung den Schuldner entlastet.

Danach liegt eine Bereicherung des Verpflichteten in sonstiger Weise vor. Diese ist auch rechtsgrundlos eingetreten, da nach der gesetzlichen Regelung der Subsidiarität des Verwandtenunterhalts, die hier auch nicht durch § 1607 Abs 2 durchbrochen ist (s o), der zahlen- de Verwandte nicht zur Unterhaltsgewährung und insbe- sondere nicht zur Entlastung des wahren Verpflichteten verpflichtet ist.

III Verhältnis zwischen Leistungs- und Eingriffs- kondiktion

Nach der bisherigen Untersuchung steht den rechtsgrund- los zahlenden Verwandten damit den Tatbestandsvoraus- setzungen nach sowohl ein Rückforderungsanspruch gegen den Bedürftigen gemäß § 812 Abs 1 S 1 1. Alt als auch ein Rückgriffsanspruch gegen den wahren Schuldner nach § 812 Abs 1 S 1 2. Alt zu. Es käme damit entscheidend auf das Verhältnis beider Kondiktionsarten zueinander und insbesonere darauf an, ob der Bereicherungsgläubi- ger in der Wahl, den einen oder den anderen in Anspruch zu nehmen, frei ist.

Die Frage, ob der verschiedentlich befürwortete gene- relle Vorrang der Leistungskondiktion vor der Eingriffs- kondiktion anzunehmen ist¹, braucht jedoch nur dann ent-

1) Für den Vorrang sprechen sich aus: RGRK/Heimann-Trosien § 812 Rdn 41; Reuter/Martinek § 10 II 3; Pal/Thomas § 812 Anm 2; Schmidt AcP 175, 165, 170. Demgegenüber mehren sich in neuerer Zeit die Stim- men, die ein allgemeines Über-/Unterordnungsver- hältnis zwischen den beiden Kondiktionsarten ab- lehnen und nur noch eine dahingehende "Faustregel" aufstellen, so etwa Larenz SchuldR II § 68 III; Esser/Weyers BT § 50 IV; Medicus SchuldR 730, oder so- gar jegliche Subsidiarität der Nichtleistungskon- diktion ablehnen und nur auf das tatbestandsmäßige Vorliegen der Voraussetzungen der betreffenden Kon- diktionsart abstellen, so Lieb in MK § 812 Rdn 21 f.

schieden zu werden, wenn tatsächlich eine Leistungskondition nach § 812 Abs 1 S 1 1. Alt gegen den Empfänger gegeben ist. Davon wurde bisher ausgegangen, da die Unterhaltsbeiträge an den Bedürftigen geleistet wurden, ohne daß eine Unterhaltspflicht gemäß §§ 1601 ff bestanden hätte. Dieses Ergebnis bedarf jedoch im Hinblick auf die durch die Unterhaltsgewährung bewirkte Zweckerreichung einer erneuten Überprüfung.

Üblicher- und richtigerweise¹ wird demjenigen, der irrtümlich auf eine bestehende fremde Schuld zahlt, gegen den Empfänger ein Anspruch auf *condictio indebiti* (§ 812 Abs 1 S 1 1. Alt) zugesprochen. Das ist zutreffend, denn der Zahlende hat zur Erfüllung einer vermeintlichen eigenen Verbindlichkeit seine Zuwendung ohne Rechtsgrund erbracht, da er weder dem Empfänger noch dem Schuldner gegenüber zur Tilgung verpflichtet war. All diesen Fällen liegt jedoch die Gemeinsamkeit zugrunde, daß auch auf seiten des wahren Schuldners keine Erfüllung eingetreten ist, so daß im Verhältnis Zahlender/Empfänger eine - erfüllbare - Verpflichtung fehlte, während im Verhältnis Empfänger/wahrer Schuldner die bestehende Schuld nicht erfüllt worden ist, da die Erfüllungswirkung durch einen Dritten nach richtigem Verständnis des § 267 nur eintritt, wenn der Dritte willentlich auf die fremde Schuld zahlt und diesen Willen auch dokumentiert.

Demgegenüber liegt die Besonderheit der Zweckerreichungsfälle darin, daß gleichwohl die Schuld infolge Unmöglichkeit erlischt. Dem Erlöschensgrund der Zweckerreichung ist jedoch eigentümlich, daß diese nicht nur zum Untergang der Schuld führt, wie das in anderen Fällen der Unmöglichkeit - etwa beim absoluten Fix-

1) Allgemeine Ansicht, vgl die Nw bei Staud/Lorenz § 812 Rdn 59.

geschäft - der Fall ist, sondern darüber hinaus den Gläubiger so stellt, als wäre erfüllt worden, denn er hat das Seine erhalten. Damit kommt der Erlöschensgrund der Zweckerreichung sowohl auf der Gläubiger- als auch auf der Schuldnerseite von seinen Wirkungen her der Erfüllung nach § 362 sehr nahe.

Ob auch in diesen Fällen die Voraussetzungen einer Leistungskondition beim Zuwendungsempfänger angenommen werden können, erscheint zweifelhaft. Es liegt vielmehr nahe, dem Anspruchsuntergang auf der einen Seite ein "Recht zum Behaltendürfen" auf der anderen Seite entgegenzustellen, womit die Zweckerreichung einen Rechtsgrund zum Behaltendürfen lieferte. Da Unterhaltsleistungen den jeweiligen Lebensbedarf des Bedürftigen decken, sollen sie diesem, wenn der mit ihnen verfolgte Zweck eingetreten ist, endgültig verbleiben¹. Damit stünde dem Bedürftigen ein Recht zum Behaltendürfen, eine causa habendi zu.

Eine andere Sicht ergäbe für den Bedürftigen eine unerträgliche Rechtslage. Er könnte den wahren Schuldner nicht mehr in Anspruch nehmen, weil er durch die Zuwendung des Dritten das Seine erhalten hat, sein Interesse² also, wenn auch nicht durch Erfüllung, so doch durch Zweckerreichung befriedigt ist und dadurch gleichzeitig der Unterhaltsschuldner frei geworden ist. Den infolge der Zweckerreichung anspruchlosen Bedürftigen einer Leistungskondition des Putativschuldners auszusetzen, die, wie oben gezeigt wurde, nicht in jedem Fall an § 818 Abs 3 scheitern muß, liefe dessen

1) So ausdrücklich Soergel-Siebert/Mühl 10. Aufl § 812 Rdn 33, der allerdings eine Zweckerreichung ablehnt und das Recht zum Behaltendürfen nur aus dem Zweck des Unterhaltsanspruchs ableitet.

2) Interesse hier nicht zu verstehen als allgemeines Interesse, einen bestimmten Geldbetrag zu erhalten, sondern als dahinterstehendes Interesse an der Befriedigung der Unterhaltsbedürfnisse.

durch das Gesetz besonders geschützten Interessen zuwider. Andernfalls würde die Zweckerreichung lediglich einseitige, nämlich schuldvernichtende Wirkungen entfalten. Der rechtliche Zusammenhang von Unterhaltungspflicht und Unterhaltsanspruch kann aber nur gewahrt bleiben, wenn der schuldvernichtenden Wirkung eine "rechtsgrundbegründende" Wirkung gegenübergestellt wird. Nur diese Konsequenz dürfte ein in sich folgerichtiges Wertungssystem ergeben. Damit wäre der Fall der Zweckerreichung von den Rechtsfolgen her dem "Hauptfall" der Tilgung fremder Schulden, dem des § 267, gleichgestellt.

Aber selbst wenn man die Zweckerreichung nicht als Rechtsgrund anerkennt und damit dem Zuwendenden einen Anspruch aus Leistungskondiktion gegen den Leistungsempfänger zuerkennt - der freilich im Großteil der Fälle an der Rechtsfolgenregelung des § 818 Abs 3 scheitern wird - so würde dieser Anspruch im Ergebnis den gesetzlichen Wertungsmodellen im Unterhaltsrecht zuwiderlaufen. Der Bedürftige würde, soweit § 818 Abs 3 nicht entgegensteht, wegen der Höhe der aufgelaufenen Beträge zum lebenslänglichen Schuldner. Griffe § 818 Abs 3 ein, so wäre dem rechtsgrundlos zahlenden Verwandten jede Rückerlangung des Gezahlten unmöglich, da eine Nichtleistungskondiktion gegen den wahren Schuldner wegen des Vorrangs der Leistungskondiktion ausgeschlossen wäre.

Im Ergebnis besteht damit eine Rückgriffsmöglichkeit gegen den wahren Unterhaltsschuldner nach § 812 Abs 1 S 1 2. Alt.

IV Wegfall der Bereicherung (§ 818 Abs 3) beim wahren Unterhaltsschuldner?

Gemäß § 818 Abs 3 ist die Verpflichtung des Bereiche-

rungsschuldners auf Wertersatz¹ auf die noch vorhandene Bereicherung beschränkt.

Ein Bereicherungswegfall wird in den Fällen, in denen die Bereicherung in der Befreiung von einer Verbindlichkeit liegt, insbesondere dann angenommen, wenn der Bereicherungsschuldner nur von einer verjährten oder sonst nicht durchsetzbaren Schuld befreit wird, also von einer Schuld, die "ihn nicht mehr drückt"². In diesen Fällen hätte der Schuldner ohnehin nicht mehr in Anspruch genommen werden können; die Befreiung von der Schuld hat ihm somit keinen Vermögensvorteil eingebracht.

Ein Wegfall der Bereicherung wird in den Fällen der Tilgung fremder Schulden über § 267 insbesondere dann angenommen, wenn der getilgte Anspruch im Zeitpunkt der Leistung schon verjährt war³ und von den Befürwortern einer nachträglichen Fremdbestimmung auch dann bejaht, wenn die Verjährung zwar nach Zahlung, aber vor nachträglicher Zweckänderung eingetreten ist⁴. Im Falle der Tilgung aufgrund Zweckerreichung kommt es ausschließlich auf den Zeitpunkt der Zahlung an. Hierdurch wird die Schuld getilgt; einen der Zeitphase zwischen Herbeiführen der objektiven und subjektiven Voraussetzungen des § 267 vergleichbaren Zeitraum gibt es hier nicht. Da Unterhaltsansprüche gemäß § 197 erst in vier Jahren verjähren, die Zuwendungen des Nichtschuldners

1) In den Fällen, in denen die Bereicherung in der Befreiung von einer Verbindlichkeit besteht, kommt naturgemäß nur Wertersatz nach § 818 Abs 2 in Betracht.

2) RGZ 70, 350, 352
v. Caemmerer Dölle-FS S. 153
MK/Lieb § 818 Rdn 70, Fn 133
Engel S. 55 dort wNw in Fn 201
Lorenz AcP 168, 309 (allerdings hinsichtlich der Bereicherung des Gläubigers im Falle der Leistungskondition gegen ihn; siehe dazu bereits oben zur nachträglichen Fremdbestimmung bei § 267).

3) Vgl die Nachweise oben in Fn 2.

4) v. Caemmerer Dölle-FS S. 153 sowie die Nw oben in Fn 2.

jedoch den jeweils gegenwärtigen Bedarf decken sollen, kommt in den Fällen der Zweckerreichung die Tilgung verjährter Schulden nie in Betracht.

Im Zusammenhang mit § 818 Abs 3 hat auch § 1585 b keine Bedeutung. Im Zeitpunkt der Zuwendung¹ und damit im Zeitpunkt der Zweckerreichung war der Anspruch des Berechtigten noch nicht nach § 1585 b erloschen, da regelmäßig während der laufenden Unterhaltsperiode gezahlt wurde.

V Geltung der §§ 1585 b, 1613 für Bereicherungsansprüche

Hat der Dritte den Unterhaltsberechtigten über einen längeren Zeitraum unterhalten und verlangt er nun Erstattung der gezahlten Beträge vom wahren Schuldner, so kann dieser unter Umständen durch das "Auflaufen" vieler Einzel-Unterhaltsbeträge einer erheblichen Belastung ausgesetzt sein. Angesichts des Umstandes, daß die Nachforderung von nicht gezahltem Unterhalt durch den Berechtigten selbst nur unter den Voraussetzungen des § 1585 b möglich ist, stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit des § 1585 b auf Ansprüche aus Rückgriffskondition².

Die Frage der Anwendbarkeit des Rückforderungsverbots für Unterhalt auf schuldrechtliche Rückgriffsansprüche

- 1) Der Umstand, daß im Zeitpunkt der Geltendmachung des Rückgriffsanspruchs seitens des Dritten Rückerstattung von Unterhaltsbeiträgen, die für die Vergangenheit geleistet wurden (möglicherweise sogar für einen Zeitraum von mehr als einem Jahr, § 1585 b Abs 3), verlangt wird, die jetzt uU vom Bedürftigen selbst wegen § 1585 b nicht mehr verlangt werden könnten, spielt für § 818 Abs 3 keine Rolle; dies ist vielmehr eine Frage der Anwendbarkeit des § 1585 b auf Erstattungsansprüche aus Bereicherungsrecht (dazu sogleich unten).
- 2) Die gleiche Fragestellung ergibt sich für den ebenfalls allgemeinen schuldrechtlichen Rückgriffsanspruch aus GoA, bei dem die Frage oben noch offengelassen wurde (s o S. 166).

ist im Zusammenhang mit der im wesentlichen inhalts-
gleichen Regelung des § 1613 nach wie vor umstritten.
Dabei werden neben den befürwortenden oder ablehnenden
Ansichten auch vermittelnde Meinungen vertreten.

Zunächst ist festzustellen, daß eine direkte Anwendung
der §§ 1613, 1585 b ausscheidet, da die genannten Rege-
lungen nur für Unterhaltsansprüche gelten, der Rück-
griffsanspruch dem Unterhaltszweck jedoch nicht dient.

1 Nichtanwendbarkeit der §§ 1585 b, 1613

Der Rückgriff wäre unproblematisch, wenn §§ 1585 b,
1613 bei Regreßansprüchen aus § 812 und GoA unbeachtet
bleiben könnten.

Dies wird teilweise unter Hinweis auf die Verschieden-
artigkeit von ursprünglichem Unterhaltsanspruch und
nunmehr bestehendem Rückgriffsanspruch angenommen¹.
Diese Auffassung kann allerdings nur vertreten, wer in
§§ 1585 b, 1613 ausschließlich eine Ausprägung des
Grundsatzes "in praeteritum non vivitur" sieht. Dieser
Gedanke gilt in der Tat für Rückgriffsansprüche, die
nicht der Befriedigung eines bestimmten Unterhaltsbe-
darfs dienen, nicht, so daß §§ 1585 b, 1613 unberück-
sichtigt bleiben könnten.

1) So insbes Staud/Gotthardt, 10./11. Aufl § 1613
Rdn 26
MK/Köhler § 1613 Rdn 2
in der 10. Aufl noch Soergel/Lange § 1613 Rdn ?
und vor § 1601 Rdn 9
wNw bei Hegmann FamRZ 73, 436 Fn 15.

2 Anwendbarkeit der §§ 1585 b, 1613

Die überwiegende Ansicht¹ und insbesondere auch die neuere Rechtsprechung des BGH² sieht in den §§ 1585 b, 1613 jedoch auch eine Ausprägung des Schuldnerschutzgedankens. Derjenige Unterhaltsschuldner, der seine Unterhaltsverpflichtung nicht kennt oder nicht mit einer Inanspruchnahme rechnet, solle vor einer Belastung mit unter Umständen erheblichen Unterhaltsrückständen geschützt werden. Dieser Schutz dürfe nicht durch Wechsel von Gläubiger und Schuldgrund entfallen, jedenfalls dann nicht, wenn der Dritte den Schuldner kennt und ihn zur Zahlung auffordern kann³. Gerade der Gedanke des Schuldnerschutzes kommt in der im Verhältnis zu § 1613 differenzierter ausgestalteten Fassung des § 1585 b klar zum Ausdruck. Gemäß § 1585 b Abs 3 kann der Gläubiger trotz Verzugs die Nachforderung von Unterhalt für mehr als ein Jahr nur verlangen, wenn anzunehmen ist, daß sich der Schuldner der Leistung absichtlich entzogen hat. Der Schuldnerschutz ist damit durch die zeitliche Begrenzung noch verstärkt.

3 Vermittelnde Ansicht

Verschiedentlich Zustimmung gefunden⁴ hat die vermittelnde Ansicht von Kropholler⁵, der für den Fall des

-
- 1) RGRK/Mutschler § 1607 Rdn 11
Jauernig/Schlechtriem §§ 1606-1608 Anm 6
Soergel/Lange § 1613 Rdn 2
Pal/Diederichsen vor § 1601 Anm 5 a
Hegmann FamRZ 73, 437 mwNw in Fn 16
OLG Frankfurt/M FamRZ 76, 705.
 - 2) BGH FamRZ 84, 775, 777 mwNw.
 - 3) So LG Bielefeld NJW 72, 1864
OLG Düsseldorf FamRZ 81, 78.
 - 4) LG Bielefeld MDR 72, 869
Engel S. 32
Stolterfoth FamRZ 71, 351.
 - 5) Kropholler FamRZ 65, 413 ff.

gesetzlichen Anspruchsübergangs nach § 1607 Abs 2 das Nachforderungsverbot des § 1613 dann nicht anwenden will, wenn der Schuldner weiß, daß ein Zweitverpflichteter Unterhaltszahlungen an den Bedürftigen leistet. In diesem Fall sei der Erstverpflichtete nicht mehr schutzwürdig, er müsse mit einer Inanspruchnahme im Rückgriffswege rechnen.

4 Wertung

Sicherlich abzulehnen ist eine völlige Unanwendbarkeit der §§ 1585 b, 1613. Hier wird der - gerade in § 1585 b deutlich hervortretende - Schuldnerschutzgedanke nicht hinreichend gewürdigt. Daß dieser Gedanke dem gemeinrechtlichen Grundsatz "in praeteritum non vivitur" vorgeht¹, zeigt sich einmal in der Durchbrechung dieses Prinzips bei Verzug und Rechtshängigkeit, zum anderen an der von der Rechtsprechung zugelassenen weiteren Ausnahme bei vertraglicher Regelung des Unterhalts², die sich nur aus dem Gedanken rechtfertigen läßt, daß in diesen Fällen ein Schuldnerschutz nicht erforderlich ist. Schließlich würde, worauf Hegmann³ zutreffend hinweist, Umgehungsmöglichkeiten Tür und Tor geöffnet. Ein Unterhaltsberechtigter, der es versäumt hat, rückständigen Unterhalt anzumahnen (oder einzuklagen) könnte einen Dritten dazu bewegen, von dem Unterhaltsschuldner die Rückstände mit der Behauptung zu verlangen, er habe den Unterhalt mit Fremdgeschäftsführungs- oder Fremdtilgungswillen gezahlt.

-
- 1) So auch Engel S. 32 mwNw Fn 96
Kropholler FamRZ 65, 414
Hegmann FamRZ 73, 437
Gernhuber § 41 VIII 1.
 - 2) RGZ 164, 69
OLG Celle NJW 56, 795
AG Neu-Ulm MDR 69, 228.
 - 3) Hegmann FamRZ 73, 437.

Zu fragen bleibt nur, in welchem Maße dem Schuldner der im Grundsatz anzuerkennende Schutz vor Inanspruchnahme für die Vergangenheit zu gewähren ist. Ob hier der von Kropholler¹ aufgebraachte, auf den ersten Blick überzeugende Gesichtspunkt der Kenntnis der Leistung durch einen Dritten weiterhilft, erscheint fraglich. Zwar ist richtig, daß dem Verpflichteten in diesen Fällen vor Augen geführt wird, daß ein anderer die Unterhaltsschuld erfüllt. Auch ist der Grundgedanke, der Vertrauensschutz werde durch Kenntnis des Schutzwürdigen begrenzt, im BGB nicht ungewöhnlich (vgl insbesondere §§ 406 ff).

Gleichwohl bestehen jedenfalls für den hier zu entscheidenden Fall des Rückgriffs aufgrund eines nichtigen Unterhaltsverzichts Bedenken, die Rückgriffsmöglichkeit von dem Merkmal der Kenntnis der Drittleistung abhängig zu machen. Zunächst sind die § 1585 b, 1613 als Ausnahmeregeln anzusehen, die nur bei Vorliegen der dort aufgestellten eindeutigen Tatbestandsvoraussetzungen eine Nachforderung von Unterhalt gestatten. Bei einer erweiternden Anwendung derartiger Ausnahmetatbestände ist von vornherein große Zurückhaltung geboten. Zweifelhaft ist aber auch der praktische Nutzen dieser Auslegung. Derjenige, der den Schuldner im Rückgriffswege in Anspruch nimmt, muß nach dieser Ansicht statt der Voraussetzungen des § 1585 b - also praktisch in erster Linie eine Mahnung - Kenntnis des Schuldners von der Zahlung seitens eines Dritten beweisen. Ob ihm damit gedient ist, erscheint zweifelhaft. Der Beweis der inneren Tatsache² einer Kenntnis fällt dem Beweispflichtigen in aller Regel schwer und ist oft nur durch Indizien zu erbringen. Demgegenüber dürfte sich etwa eine Mahnung vielfach leichter beweisen lassen.

1) Kropholler FamRZ 65, 413, 417.

2) Vgl dazu oben im 1. Teil S. 74 ff .

Das Hauptbedenken gegen ein Abstellen auf die Kenntnis des Schuldners liegt jedoch bei der Frage, ob damit in den hier untersuchten Fällen überhaupt eine interessengerechte Berücksichtigung des Schuldnerschutzgedankens erzielt wird. Insoweit besteht ein enger Zusammenhang zu dem im ersten Teil gefundenen Ergebnis zur Frage der Sittenwidrigkeit eines Unterhaltsverzichts. Eine Sittenwidrigkeit konnte - außer in den Fällen einer beiderseitigen Schädigungsabsicht, dazu sogleich - nur bei hinreichend hoher Voraussehbarkeit einer Drittinanspruchnahme festgestellt werden. Hieraus folgt, daß es dem Schuldner kaum jemals an der Erkenntnis fehlen wird, daß statt seiner ein anderer, dessen genaue Individualisierung nicht nötig ist, den Bedarf des Unterhaltsgläubigers decken wird. Diese Kenntnis kann jedoch nur dann die von Kropholler verlangte Warn- oder Hinweisfunktion haben, wenn dem Schuldner seine eigene Unterhaltspflicht bewußt ist; nur in diesem Fall kann ein späterer Rückgriff für ihn nicht überraschend sein. Ein solches Bewußtsein liegt in den Fällen des § 1607 Abs 2, in denen der Schuldner durch Arbeitsscheu oder ähnliches die Rechtsverfolgungsschwerung selbst zurechenbar herbeiführt, regelmäßig vor, so daß dort ein Abstellen auf die Kenntnis von der Zahlung eines Dritten sachgerecht erscheint. Für die hier zu behandelnden Fälle eines Rückgriffs aus § 812 muß jedoch etwas anderes gelten, wenn "Anlaß" für den Rückgriff die Sittenwidrigkeit eines Unterhaltsverzichts ist. Vertraut der Schuldner auf die Wirksamkeit des geschlossenen Verzichts, so fehlt der Kenntnis vom Eintreten eines Dritten jede warnende oder hinweisende Wirkung. Damit erscheint in diesen Fällen das Merkmal der Kenntnis von der Zahlung durch einen Dritten zur Erzielung interessengerechter Ergebnisse nicht geeignet.

Andererseits erscheint der Schuldner in den Fällen, in denen sich die Sittenwidrigkeit des Verzichts - auch - aus seiner Schädigungsabsicht ergibt, von vornherein nicht schutzwürdig; eines besonderen Hinweises auf einen möglichen Rückgriff bedarf es hier nicht. Der Schuldner, der sich absichtlich seiner Unterhaltspflicht entzieht, bedarf nicht mehr eines besonderen Schutzes vor Inanspruchnahme im Rückgriffswege. Eine Inanspruchnahme kann für ihn nie überraschend sein; schließlich hat er bezweckt, daß ein nichtverpflichteter Dritter an seiner Stelle zahlt. In diesen Fällen bedarf es jedoch nicht der "Bemühung" des im Gesetz nicht enthaltenen Merkmals der Kenntniss. Sachgerechte Ergebnisse lassen sich ohne weiteres im Rahmen der Voraussetzungen des § 1585 b erzielen (dazu sogleich).

Im Ergebnis muß es daher für schuldrechtliche Rückgriffsansprüche bei einer Geltung des § 1585 b bleiben, so daß die Rückgriffsmöglichkeit letztlich von dessen Voraussetzungen abhängt.

5 Voraussetzungen der §§ 1585 b, 284

Da eine Klage in der Regel der hier untersuchten Fälle nicht erhoben ist, kommt es entscheidend auf die allgemeinen Voraussetzungen des Verzugs nach § 284 an. Insoweit ist zunächst fraglich, ob die von § 284 vorausgesetzte Mahnung bei regelmäßig wiederkehrenden Leistungen wie der monatlich fällig werdenden Unterhaltsrente für jede einzelne Unterhaltszahlung zu verlangen ist. Soweit überhaupt eine ausdrückliche Mahnung des Unterhaltsschuldners verlangt wird¹, ist es

1) Zur Frage der Entbehrlichkeit einer ausdrücklichen Mahnung siehe sogleich unten.

nach allgemeiner Ansicht¹ ausreichend, daß lediglich einmal eine den Erfordernissen des § 284 Abs 1 genügende Zahlungsaufforderung ausgesprochen wird. Dies kann einmal aus dem Gedanken der §§ 258, 259 ZPO hergeleitet werden², entspricht aber auch dem Sinn und Zweck der Mahnung, dem Schuldner seine Pflicht zur Erfüllung der Verbindlichkeit eindringlich vor Augen zu führen³.

Da es jedoch in den hier untersuchten Fällen in aller Regel auch an einer solchen einmaligen Mahnung durch den Unterhaltsgläubiger fehlen wird - sei es, weil dieser eine Inanspruchnahme des geschiedenen Ehegatten für wirksam ausgeschlossen hält, sei es, weil er als "Böswilliger" den Schuldner bewußt schonen will - kommt es entscheidend darauf an, ob eine Mahnung ausnahmsweise entbehrlich sein kann.

a Entbehrlichkeit einer Mahnung nach § 284 Abs 2

Angesichts der Regelung in § 1585 Abs 1 S 2, nach der die Unterhaltsrente "monatlich im voraus zu entrichten" ist, kann zunächst an eine Entbehrlichkeit nach § 284 Abs 2 gedacht werden. Es fragt sich jedoch, ob allein aufgrund dieser gesetzlichen Regelung für die Unterhaltsschuld "eine Zeit nach dem Kalender bestimmt" ist.

Für Unterhaltsansprüche des nichtehelichen Kindes nach Anerkennung oder rechtskräftiger Feststellung der Vaterschaft, für die § 1613 gilt⁴, wurde vereinzelt an-

1) Göppinger Rdn 1303
Gernhuber § 41 IX 2
MK/Köhler § 1613 Rdn 3.

2) So MK/Köhler § 1613 Rdn 3.

3) Zu Sinn und Zweck der Mahnung im Zusammenhang mit Unterhaltungspflichten vgl etwa OLG Celle FamRZ 79, 1058.

4) Allgemeine Ansicht, vgl etwa Pal/Diederichsen § 1615 d Anm 2 mwNw
MK/Köhler § 1615 d Rdn 1.

genommen, Verzug trete kalendarisch nach § 284 Abs 2 ein¹. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Zum einen würde den §§ 1585 b, 1613 praktisch jede Bedeutung genommen, wollte man jeweils mit Erreichen des ersten Fälligkeitszeitpunkts² Verzug des Schuldners annehmen. Im übrigen setzt § 284 Abs 2 eine dem Umfang nach bestimmte Leistung voraus. Nur derjenige Schuldner, der den Inhalt seiner Verpflichtung kennt, bedarf, soweit zusätzlich auch ein genauer Leistungszeitpunkt festgesetzt ist, keiner ausdrücklichen Zahlungsaufforderung mehr, um ihm seine Pflicht vor Augen zu führen. Eine solche Bestimmung kann jedoch allein aufgrund der gesetzlichen Regeln zum Umfang des Unterhaltsanspruchs (§§ 1610, 1578) nicht angenommen werden. Der BGH³ und ihm folgend die überwiegende Ansicht der Lehre⁴ stellen daher richtigerweise an die Bestimmung des Umfangs der Unterhaltsschuld strenge Voraussetzungen, indem sie verlangen daß der Schuldner seine Unterhaltspflicht sowohl der Existenz als auch dem Umfang nach genau kennt, was namentlich bei vertraglich vereinbarten oder gerichtlich festgestellten Unterhaltsverpflichtungen der Fall ist⁵. Soweit es daran fehle, sei regelmäßig eine genau bezifferte Zahlungsaufforderung zu verlangen. Ob dem schon dann genügt ist, wenn zur Bezifferung auf Regelsätze hingewiesen wird - hier ist insbesondere an die Aufforderung zur Zahlung von Regelunterhalt gemäß

-
- 1) Soergel-Siebert/Lade 10. Aufl § 1615 d Rdn 5.
 - 2) Daß dieser nicht mit dem Monatsersten identisch sein muß, wurde oben S. 205 Fn 1 gezeigt.
 - 3) Zuletzt BGH FamRZ 84, 163 mwNw, ebenso
BGH FamRZ 82, 887, 890
BGH FamRZ 83, 51, 52
BGH FamRZ 83, 352, 354.
 - 4) RGRK/Mutschler § 1613 Rdn 5
Köhler Handbuch Rdn 137
Göppinger Rdn 1303
Schwab Handbuch Rdn 401
Soergel/Lange § 1613 Rdn 3.
 - 5) BGH FamRZ 83, 352, 354.

§ 1615 f zu denken¹ - kann hier offen bleiben, da der nach §§ 1570 ff geschuldete Geschiedenenunterhalt gemäß § 1578 individuell anhand des bereinigten Nettoeinkommens des Verpflichteten zu errechnen ist. Daher ist nur mit einer genau bezifferten Zahlungsaufforderung zu einem bestimmten Monatsdatum den Erfordernissen der Mahnung genügt. Ein darüber hinausgehender Hinweis, daß das Ausbleiben der Leistung Folgen haben werde - dies wird vom BGH allgemein als Wesen der Mahnung verstanden² - ist überflüssig, da sich die Notwendigkeit allmonatlicher pünktlicher Zahlung für den Schuldner erkennbar aus der den Unterhaltsanspruch erst begründenden Bedürftigkeit des Berechtigten ergibt. Eine Entbehrlichkeit der Mahnung nach § 284 Abs 2 kommt damit nicht in Betracht.

b Entbehrlichkeit einer Mahnung nach allgemeinen Grundsätzen

Eine ausdrückliche Mahnung ist anerkanntermaßen über den Wortlaut des § 284 hinaus dann entbehrlich, wenn der Schuldner eindeutig und endgültig die Leistung verweigert³. In diesen Fällen erscheint eine anschließende Mahnung deshalb überflüssig, weil dem Schuldner seine Pflicht bewußt ist. Im Falle des Unterhaltsverzichts ist denkbar, daß der Verpflichtete nach der Scheidung eine Unterhaltszahlung unter Berufung auf

1) Bzgl Nichteheichen-Unterhalts nimmt Brüggemann (Bosch-FS S. 93) Verzug mit der Unterhaltsleistung in Höhe des Regelunterhalts an.

2) BGH NJW 63, 1823.

3) Allgemeine Ansicht; vgl etwa
Pal/Heinrichs § 284 Anm 4 c aa
MK/Walchshöfer § 284 Rdn 42.
Aus der Rspr:
RGZ 67, 313, 317
BGHZ 2, 310, 312; 65, 371, 377
BGH NJW 83, 1730
OLG Hamm DAR 78, 104.

den - unwirksamen - Verzicht verweigert, wodurch der Bedürftige möglicherweise von einer Zahlungsaufforderung abgehalten wird.

Diese Grundsätze können jedoch nur zu Lasten des Schuldners wirken, der sich seiner Leistungspflicht bewußt ist. Danach kann Verzug nur dann eintreten, wenn zumindest der verpflichtete Ehegatte den Verzicht mit Schädigungsabsicht geschlossen hatte und ihm die Unwirksamkeit des Verzichts und damit seine Unterhaltspflicht bekannt war.

Im Ergebnis gleiches muß in den Fällen gelten, in denen eine Entbehrlichkeit der Mahnung dem Grundsatz von Treu und Glauben entnommen wird. Zwar hat der BGH unter Hinweis auf den Zweck der Mahnung deren Entbehrlichkeit dann angenommen, wenn sich schon aus dem Inhalt des Vertrages ergebe, daß das Ausbleiben rechtzeitiger Leistung für den Gläubiger nachteilige Folgen haben werde¹. Diese Grundsätze dürften sich auch auf den Fall der Unterhaltspflicht übertragen lassen, da sich hier das Erfordernis pünktlicher Leistung aus der Bedürftigkeit des Gläubigers, die gesetzliche Anspruchsvoraussetzung ist, ergibt. Auch in diesen Fällen ist es dem Schuldner jedoch nur dann nach Treu und Glauben verwehrt, sich auf eine fehlende Mahnung zu berufen, wenn ihm seine Verpflichtung bewußt war.

c Ergebnis

Danach steht § 1585 b Rückgriffsansprüchen - außer in den Fällen einer Mahnung - nur dann nicht entgegen, wenn dem wahren Unterhaltsschuldner die Berufung auf eine fehlende Mahnung aufgrund seiner Bösgläubigkeit nach § 242 verwehrt ist. Eine Rückgriffsklage aus § 812 Abs 1 S 1 2. Alt kann daher nur erfolgreich sein,

1) BGH NJW 63, 1823.

wenn es dem Kläger gelingt, im Prozeß eine Schädigungsabsicht des unterhaltspflichtigen Ehegatten bei Abschluß des Unterhaltsverzichts nachzuweisen.

F Ersatzmöglichkeiten aus unerlaubter Handlung

I Ersatzmöglichkeit nach § 823

Eine Ersatzmöglichkeit nach § 823 Abs 1 kommt in den untersuchten Fällen nicht in Betracht, da es an der Verletzung eines der dort genannten Rechtsgüter fehlt. Ein unwirksamer Unterhaltsverzicht kann nur - in Wahrheit nicht geschuldete - Leistungen Dritter auslösen und damit nur das Vermögen des Unterhalt gewährenden Dritten vermindern. Das Vermögen als solches ist jedoch kein durch § 823 Abs 1 geschütztes Gut¹. Ebensowenig kommt ein Schadensersatzanspruch über § 823 Abs 2 in Betracht, da kein Schutzgesetz ersichtlich ist, das der Verpflichtete verletzt haben könnte. Zwar stellt § 170 b StGB nicht nur ein Schutzgesetz zugunsten des Unterhaltsberechtigten dar, sondern, wie in der Rechtsprechung des BGH anerkannt ist², zumindest auch ein Schutzgesetz zugunsten der Körperschaften, die öffentliche Hilfe zu gewähren haben. Dementsprechend könnten auch nachrangig unterhaltspflichtige

1) Allgemeine Ansicht:

BGHZ 41, 127

Larenz SchuldR II § 71 I b aE

Pal/Thomas § 823 Anm 6 k

Fikentscher § 103 I.

2) Grundlegend BGHZ 28, 359, 365 = NJW 59, 382, 383 unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des § 170 b StGB; seitdem:

BGH NJW 63, 579

BGH VersR 68, 50

BGH NJW 74, 1868.

Aus dem strafrechtlichen Schrifttum vgl:

Dreher/Tröndle § 170 b Rdn 1

Schönke-Schröder/Lenkner § 170 b Rdn 1.

Verwandte¹ als durch § 170 b StGB geschützt angesehen werden, da sie aufgrund ihrer subsidiären Zahlungspflicht durch die Verletzung der Unterhaltspflicht ebenso betroffen sind, wie zahlungspflichtige öffentliche Körperschaften. Es wird jedoch in den hier untersuchten Fällen regelmäßig an einem tatbestandsmäßigen Sich-Entziehen des Unterhaltspflichtigen iSd § 170 b StGB fehlen. Als Tathandlung kann nur an den Abschluß des Unterhaltsverzichts oder an eine spätere Leistungsverweigerung unter Hinweis auf den Verzicht angeknüpft werden. Eigentliche Grundlage einer möglichen Leistungsverweigerung ist jedoch auch in letzterem Falle der Unterhaltsverzicht. Dieser wurde jedoch einvernehmlich mit dem Berechtigten abgeschlossen, während ein Sich-Entziehen einen entgegenstehenden Willen des Unterhaltsgläubigers voraussetzt.

II Ersatzmöglichkeit nach § 826

§ 826 verlangt, daß der Schädiger den Geschädigten durch ein gegen die guten Sitten verstoßendes Verhalten vorsätzlich schädigt.

1 Sittenwidrigkeitsvoraussetzungen in § 826

Wenn auch in § 826 wie in § 138 der Schwerpunkt der Tatbestandsvoraussetzungen auf dem Begriff der "guten Sitten" liegt, haben doch beide Vorschriften ganz unterschiedliche Zielrichtungen: Während § 138 auf die Beseitigung rechtsgeschäftlicher Bindungen gerichtet ist, begründet § 826 einen Schadensersatzanspruch.

1) Nicht schutzbedürftig erscheint dagegen ein nicht im Unterhaltsverband der §§ 1601 ff stehender Verwandter, da dessen Leistungen nicht aufgrund vermeintlicher rechtlicher Verpflichtung erbracht wurden, sondern freiwillig.

Als schädigendes Verhalten kommt hier nur der Abschluß eines Rechtsgeschäfts zwischen dem Schädiger und einem Dritten in Betracht. Daß dieses Rechtsgeschäft unwirksam ist und daher gar keine Pflichten beim Geschädigten auslösen kann, spielt keine Rolle¹, denn durch das - unwirksame - Geschäft wurde der Anschein einer Verpflichtung erzeugt.

Bezüglich der objektiven Voraussetzungen des Sittenverstoßes kann sich zu § 826 keine andere Beurteilung ergeben als zu § 138. Der Begriff der guten Sitten ist in beiden Vorschriften gleich zu verstehen². Dies folgt schon daraus, daß sich der Begriff aus dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden konkretisiert und dieses im Zusammenhang mit § 138 nicht anders beurteilt werden kann als bei § 826. Der wesentliche Unterschied in den Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit in beiden Vorschriften liegt vielmehr im subjektiven Bereich. Indem § 826 nicht lediglich eine Unwirksamkeitsfolge ausspricht, sondern durch Begründung einer Schadensersatzpflicht sanktionierend wirkt, geht es in § 826 um ein vom Schädiger zu vertretendes Verhalten. Wie oben im Zusammenhang mit dem subjektiven Tatbestand des § 138 bereits angesprochen wurde, kann bei § 826 eine Zurechnung nur erfolgen, wenn dem Schädiger die Umstände, die zur Einordnung seines Verhaltens als sittenwidrig führen, im Zeitpunkt der schädigenden Handlung bekannt waren³. Ein "Bewußtsein der Sittenwidrigkeit" ist demgegenüber richtigerweise nicht zu verlangen⁴.

1) MK/Mertens § 826 Rdn 92, Fn 126
RGZ 143, 48, 51
BGH WM 65, 315, 316; 75, 325, 328.

2) MK/Mertens § 826 Rdn 7.

3) Siehe oben im 1. Teil S. 96 ff.

4) Larenz SchuldR II § 72 IV und
Fikentscher § 105 II 4 mit dem zutreffenden Hinweis darauf, daß die Kenntnis der herrschenden Moralauffassungen von jedermann erwartet werden könne.

Danach ist eine Sittenwidrigkeit des Verhaltens zum einen dann gegeben, wenn zumindest der unterhaltspflichtige Ehegatte mit dem Abschluß des Verzichts hauptsächlich die Absicht verfolgte, einen Dritten zu schädigen, zum anderen reicht zur Feststellung der Sittenwidrigkeit seines Verhaltens aber auch aus, daß ihm die Umstände, die zur Beurteilung seines Verhaltens als sittenwidrig führen, bekannt sind. Da derartige Umstände in der Regel nur in dem besonders hohen Maß der Voraussehbarkeit der Zahlungspflicht Dritter liegen und sich dieses wiederum aus den wirtschaftlichen Verhältnissen der Ehegatten in Verbindung mit der Ausgestaltung des Unterhaltsrechts in §§ 1570 ff ergibt, wird eine Kenntnis der Umstände beim Schädiger in aller Regel feststellbar sein.

2 Tatbestandsvoraussetzung der Schadenszufügung

Weiterhin muß der Schädiger mit seinem sittenwidrigen Verhalten dem Anspruchsteller (vorsätzlich) einen Schaden zugefügt haben. Der Eintritt eines Schadens ist damit Tatbestandsvoraussetzung. Eine Verletzung bestimmter absoluter Rechtsgüter wird von § 826 im Gegensatz zu § 823 Abs 1 nicht verlangt; § 826 schützt vielmehr auch das Vermögen als solches¹. Dementsprechend ist ein weiter Schadensbegriff anzunehmen, der neben jeder nachteiligen Einwirkung auf die Vermögenslage auch jede Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses erfaßt². Da bei der Untersuchung von Rückgriffsmöglichkeiten immer nur von Unterhaltsverzichtern ausgegangen wird, die nach § 138 unwirksam sind, kann der Schaden eines Verwandten nie darin liegen, daß

1) Fikentscher § 105 II 2.

2) Larenz SchuldR II § 72 IV
Pal/Thomas § 826 Anm 5 a
MK/Mortens § 826 Rdn 51.

der Verzicht eine Unterhaltspflicht nach §§ 1601 ff auslöst; diese besteht vielmehr nur vermeintlich; der Leistende hätte die Zahlung zu Recht verweigern können. Soweit unter den Voraussetzungen der §§ 1584 S 3, 1607 Abs 2 etwas anderes gilt, folgt die Begründung der - zusätzlichen - Unterhaltsverpflichtung des Verwandten nicht aus dem geschlossenen nichtigen Verzicht, sondern aus einem weiteren Verhalten des Verpflichteten, durch das er sich der Inanspruchnahme entzieht. Ein Schaden kann daher nur in der rechtsgrundlosen Zahlung von Unterhaltsbeiträgen liegen¹. Diese wurde durch den Verzicht allerdings nur mittelbar ausgelöst, indem dieser auf die Entscheidungsbildung des Verwandten Einfluß genommen hat. Diese Fälle der mittelbaren Schadenszufügung fallen dann in den Anwendungsbereich des § 826, wenn durch das Verhalten des Schädigers das Vermögen der eintretenden Verwandten vorsätzlich durch eine sittenwidrige Handlung, mag diese sich gegen ihn oder gegen eine andere Person richten, geschädigt ist; der Schaden darf nicht bloßer Reflex der sittenwidrigen Handlung sein². Einen solchen bloßen Reflex des Unterhaltsverzichts stellt die rechtsgrundlose Unterhaltsgewährung nicht dar, denn diese Folge war bei Verzichtsabschluß vorhersehbar oder sogar gewollt. Die rechtsgrundlose Zuwendung kann aber dann nicht als

-
- 1) Wegen der subsidiären Unterhaltspflicht der Verwandten, nach der diese auch dann potentielle Unterhaltsschuldner sind, wenn ein geschiedener Ehegatte vorhanden ist, fehlt es an einem Schaden dann, wenn der Ehegatte wegen Fehlens einer der Anspruchsvoraussetzungen der §§ 1570 ff - unabhängig von dem Verzicht - keinen Geschiedenenunterhalt schuldet.
 - 2) So BGH NJW 79, 1599, 1600 für den Fall des Schadenseintritts infolge falscher Bankauskunft. Diese Konstellation ist dem vorliegenden Fall insoweit ähnlich, als hier wie dort durch das Verhalten des Schädigers die Entscheidungsbildung beim Geschädigten beeinflußt wird und diese Folge auch gewollt oder zumindest vorhersehbar ist.

Schaden des Verfügenden angesehen werden, wenn die daraus folgende Vermögenseinbuße freiwillig eingetreten ist. Die gängige Formulierung, der Verletzte müsse einen Schaden "erlitten" haben, macht deutlich, daß Schaden immer nur eine unfreiwillige Einbuße an Rechtsgütern sein kann¹. Daher scheitert ein Rückgriff nach § 826 in den in der Praxis wohl seltenen Fällen, in denen dem Verwandten das Fehlen der eigenen Verbindlichkeit bewußt ist, weil er den geschlossenen Unterhaltsverzicht zutreffenderweise als unwirksam ansieht, gleichwohl aber dem Verwandten Unterhalt gewährt.

3 Schädigungsvorsatz

Der eingetretene Schaden muß von dem Schädiger vorsätzlich herbeigeführt worden sein². Das setzt voraus, daß der Schädiger das Bewußtsein hat, daß infolge seines Verhaltens der andere Schaden erleiden könne und daß er diesen möglichen Erfolg in seinen Willen aufgenommen und für den Fall seines Eintritts in Kauf genommen hat³. Diese Definition macht die Aufspaltung des Vorsatzes in ein Wissens- (intellektuelles) und ein Wollens- (voluntatives) Element deutlich, die eine begrifflich klare Abgrenzung zu der für § 826 nicht ausreichenden bewußten Fahrlässigkeit ermöglicht. Während beide Schuldformen für das Wissenselement keine siche-

-
- 1) Larenz SchuldR I § 27 II a
Larenz VersR 63, 312
Esser/Schmidt § 48 1.
 - 2) Dabei reicht nach allgemeiner Ansicht die geringste Vorsatzform des *dolus eventualis* aus, vgl etwa
MK/Mertens § 826 Rdn 61
Larenz SchuldR II § 72 IV
Fikentscher § 105 II 4
Pal/Thomas § 826 Anm 3 a.
 - 3) So das Verständnis des *dolus eventualis* bei § 826
vgl etwa
BGH DB 57, 185
BGH WM 77, 59
Pal/Thomas § 826 Anm 3 a.

re Voraussicht verlangen, sondern nur, daß der Schädiger die Möglichkeit des Erfolgseintritts erkennt, unterscheiden sich beide Schuldformen bei den Anforderungen an das Wollenselement. Insoweit verlangt der Eventualvorsatz, daß der Schädiger den Erfolg billigend in Kauf nimmt, während er bei bewußter Fahrlässigkeit darauf vertrauen muß, daß der Erfolg nicht eintreten werde.

Für den Fall des Unterhaltsverzichts bedeutet dies, daß der verpflichtete Ehegatte bei Abschluß des Verzichts erkannt und billigend in Kauf genommen haben muß, daß infolge des Verzichts ein Dritter Leistungen an den Berechtigten erbringen werde, die zu erbringen ihm selbst obläge. Da von einem Schaden nur bei unwirksamen Verzichten gesprochen werden kann, setzt eine vorsätzliche Schadenszufügung voraus, daß der Schädiger die Unwirksamkeit des geschlossenen Verzichts zumindest für möglich gehalten hat und dabei billigend in Kauf genommen hat, daß infolgedessen ein Dritter an den Bedürftigen nicht geschuldete Zahlungen erbringen werde.

Dabei kann nicht verlangt werden, daß sich der Vorsatz auf die Schädigung einer genau individualisierten Person bezieht, vielmehr reicht es aus, daß der Schädiger einen bestimmten Personenkreis als potentiell Geschädigte ins Auge gefaßt hat, von denen schließlich einer den Schaden erleidet¹. Für die untersuchten Fälle ist daher für den Schädigungsvorsatz nicht vorauszusetzen, daß der Schädiger voraussieht, wer später aus dem Kreis der möglichen Geschädigten - als solche kommen hier Verwandte im Sinne des § 1601 in Betracht sowie der Sozialhilfeträger - tatsächlich den Bedürftigen unterstützt. Auch hinsichtlich des Kausalverlaufs und des genauen Umfangs des Schadens

1) BGH NJW 65, 249, 251
MK/Mertens § 826 Rdn 63.

ist keine detaillierte Kenntnis zu verlangen, vielmehr genügt, daß der Schädiger die Art des Schadens und die generelle Richtung des Schadensverlaufs abgesehen hat¹. Diese Anforderungen werden in den beschriebenen Fällen in der Regel erfüllt sein.

4 Rechtswidrigkeit und Verschulden

Die allen deliktischen Anspruchsgrundlagen gemeinsamen weiteren Voraussetzungen von Rechtswidrigkeit und Verschulden sind in den beschriebenen Fällen regelmäßig gegeben. Die Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Schädigers ergibt sich bereits aus dessen Sittenwidrigkeit. Bei Vorliegen eines Schädigungsvorsatzes im oben beschriebenen Sinne liegt auch ein Verschulden des Schädigers vor.

5 Mitverschulden des Geschädigten

Nach allgemeinen Grundsätzen mindert sich die Ersatzpflicht, wenn den Geschädigten ein Mitverschulden an der Entstehung des Schadens trifft (§ 254). Ein solches kann freilich nicht schon darin gesehen werden, daß der Geschädigte die vermögensschädigende Verfügung selbst vorgenommen hat, indem er rechtsgrundlos Unterhaltsleistungen erbracht hat. In allen Fällen, in denen der Schädiger durch sein Verhalten auf die Entscheidungsbildung des Geschädigten einwirkt, liegt eine - unbewußte - Selbstschädigung vor. Da in den Fällen der bewußten Leistung auf eine Nichtschuld § 826 nicht eingreifen kann, kann Anknüpfungspunkt für ein anspruchsminderndes Mitverschulden des Geschä-

1) BGH WM 62, 527, 529 f
BGH WM 65, 475, 476
OLG Karlsruhe WM 78, 962, 966
Larenz SchuldR II § 72 IV.

digten nur sein, daß diesem das Fehlen der eigenen Verbindlichkeit bei Einholung einer Rechtsauskunft hätte bekannt sein können.

§ 254 verlangt eine Verletzung eigener Obliegenheiten seitens des Geschädigten; diese den Schädiger dadurch tragen zu lassen, daß der Geschädigte trotz der Obliegenheitsverletzung den vollen Schaden ersetzt verlangt, stellt ein unzulässiges widersprüchliches Verhalten im Sinne des § 242 dar¹. Im Unterlassen der Einholung einer Rechtsauskunft wird jedoch nur ausnahmsweise eine Obliegenheitsverletzung gesehen werden können. Demjenigen, der seinen bedürftigen Verwandten unterhält, in der Meinung, er sei dazu verpflichtet, kann die Nichtkenntnis der Rechtsgrundlosigkeit seiner Zuwendung vom wahren Verpflichteten in der Regel nicht vorgehalten werden, da dieser selbst durch die Berufung auf den Unterhaltsverzicht den Verwandten zur Leistung bestimmt hat. Eine Anspruchsminderung kommt allenfalls in Ausnahmefällen in Betracht, in denen sich der Zahlende grob fahrlässig der Erkenntnis verschlossen hat, auf eine Nichtschuld zu leisten und beim wahren Verpflichteten dadurch den Eindruck erweckt hat, ein Rückgriff gegen ihn sei nicht gewollt. Hier kommt eine Anspruchskürzung oder ein Ausschluss nach den Grundsätzen der Verwirkung, die ihre Grundlage im Verbot illoyaler Verspätung der Geltendmachung des Rechts hat², in Betracht.

6 Geltung des § 1585 b?

Soweit nach dem oben Gesagten die Tatbestandsvoraussetzungen des § 826 vorliegen, kommt ein Ausschluss

1) So das Verständnis des § 254 in der neueren Lehre und Rspr; vgl dazu näher die ausführlichen Nw bei Staud/Medicus § 254 Rdn 2 und 4.

2) Pal/Heinrichs § 242 Anm 9 a.

des Anspruchs aufgrund entsprechender Geltung des § 1585 b nicht in Betracht, da diese Vorschrift nach einhelliger Ansicht¹ gegenüber Ersatzansprüchen aus sittenwidriger Schädigung nicht gilt. Der sittenwidrig handelnde Schädiger verdient keinen Vertrauensschutz vor Inanspruchnahme. Insoweit ergibt sich im Ergebnis eine Parallele zu der oben im Zusammenhang mit § 812 gefundenen Wertung, nach der § 1585 b einem Anspruch aus Rückgriffskondiktion nicht entgegensteht, soweit der unterhaltsleistende Verwandte dem verpflichteten Ehegatten eine Schädigungsabsicht bei Verzichtsschluß nachweisen kann².

1) Speziell zu § 826: Gernhuber § 41 IX 3;
allgemein zu deliktischen Ansprüchen:
RGZ 164, 65; Göppinger Rdn 1307,
ebenso Staud/Gotthardt § 1613 Rdn 24;
Hegmann FamRZ 73, 436.

2; Siehe oben S. 226.

Literaturverzeichnis

- Alternativ-Kommentar Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch
Band 5, Familienrecht
Neuwied und Darmstadt 1981
zit: AK/Bearbeiter
- Bach Die Auslegung des § 843
Abs 4 BGB
in: JW 1914, 730
- Bartsch Genehmigungspflicht der
Unterhaltsvereinbarung
in: ZRP 1979, 96 ff
- Baumbach-Lauterbach-
Albers-Hartmann Kommentar zur Zivilprozeß-
ordnung
43. Aufl München 1985
zit: Baumbach/Bearbeiter
- Becker Zum fingierten Arbeitsvertrag
nach § 10 Abs 1 AUG
in: BB 1978, 363 ff
- Beckmann Kein Ehegattenunterhalt wegen
"grober Unbilligkeit" (§ 1579 I
BGB) - dann aber Unterhalts-
anspruch gegen die Verwandten?
in: FamRZ 1983, 863 ff
- Beitzke Urteilsanmerkung zu LG Köln
FamRZ 60, 449 ff
in: FamRZ 1960, 451 ff
- Bereiter-Hahn Nochmals: Der Unterhaltsver-
zicht im Scheidungsverfahren
und die öffentliche Fürsorge
in: FamRZ 1955, 279 ff
- Beuthien Zweckerreichung und Zweckstö-
rung im Schuldverhältnis
Tübingen 1969
zit: Beuthien S.
- Blaurock Haftungsfreizeichnung zugun-
sten Dritter
- Die Ausdehnung vertragli-
cher Haftungsregelungen auf
Dritte
in: ZHR 146 (1982) 238 ff

- Blume, v. Urteilsanmerkung zu RG JW
1923, 76
in: JW 1923, 76
- Böhmer Der Erfüllungswille
München 1910
zit: Böhmer S.
- Böhmer Ersatzansprüche des "gesetzli-
chen" Vaters wegen Unterhalts-
leistungen an das nachträglich
für unehelich erklärte Kind -
Kritische Anmerkung zu dem Ur-
teil des LG Traunstein NJW
1954, 1726
in: NJW 1955, 210 f
- Böhle-Stamschräder-
Kilger Kommentar zum Anfechtungs-
gesetz
4. Aufl, München 1984
- Bosch Urteilsanmerkung zu LG Ell-
wangen
FamRZ 1955, 108
in: FamRZ 1955, 110
- Bosch Urteilsanmerkung zu OLG Celle
FamRZ 1962, 162
in: FamRZ 1962, 163 f
- Bosch Urteilsanmerkung zu BGH
FamRZ 1967, 144 ff
in: FamRZ 1967, 146 f
- Bosch Urteilsanmerkung zu OLG Hamm
FamRZ 1982, 1215
in: FamRZ 1982, 1216 f
- Bosch Urteilsanmerkung zu BGH
FamRZ 1983, 137 ff
in: FamRZ 1983, 140
- Brox Allgemeiner Teil des Bürger-
lichen Gesetzbuches
6. Aufl, Köln ua 1982
- Brüggemann Rückabwicklungsansprüche aus
Unterhaltsleistung durch und
für den Nichterzeuger
in: ZBLJugR 54 (1967) 108 ff

- Brüggemann
Einige Bemerkungen zum Schuld-
nerverzug in der gesetzlichen
Unterhaltspflicht
in: Festschrift für Bosch zum
65. Geburtstag, S. 89 ff
Bielefeld 1976
zit: Brüggemann Bosch-FS S.
- Brühl
Erwiderung zu Giese: Zur "Aus-
strahlung" des Rechts der öf-
fentlichen Fürsorge auf die
bürgerlich-rechtliche Unter-
haltspflicht, FamRZ 1982, 11
in: FamRZ 1982, 13 ff
- Brühl-Göppinger-
Mutschler
Unterhaltsrecht
1. Teil: Das materielle Unter-
haltsrecht
3. Aufl, Bielefeld 1973
2. Teil: Das Verfahrensrecht
3. Aufl, Bielefeld 1976
zit: Brühl-Göppinger-Mutsch-
ler 3. Aufl
- Caemmerer, v.
Vom deutschen zum europäi-
schen Recht
in: Festschrift für Dölle
Band I, S. 135 ff
Tübingen 1963
zit: v. Caemmerer Dölle-FS S.
- Caemmerer, v.
Bereicherungsansprüche und
Drittbeziehungen
in: JZ 1962, 385 ff
- Caemmerer, v.
Urteilsanmerkung zu BGH
NJW 1963, 579 ff
in: NJW 1963, 1402 f
- Deubner
Zum Ausgleichsanspruch des
außerehelichen Scheinvaters
gegen den wirklichen Erzeuger
in: NJW 1967, 1947
- Dieckmann
Scheinvater - Vater - Kind
in: JuS 1969, 101 ff
- Dieckmann
Besprechung von Köhler, Hand-
buch des Unterhaltsrechts
4. Aufl, München 1977
in: FamRZ 1978, 631 ff
- Diederichsen
Die allgemeinen Ehewirkungen
nach dem 1. EheRG und Ehever-
einbarungen
in: NJW 1977, 217 ff

- Dölle Familienrecht
Band 1 Karlsruhe 1964
Band 2 Karlsruhe 1965
zit: Dölle Bd S.
- Dreher/Tröndle Kommentar zum Strafgesetzbuch
42. Aufl
München 1985
- Egert Die Rechtsbedingung im System
des Bürgerlichen Rechts
Berlin 1974
- Ehmann Ist die Erfüllung Realvertrag?
in: NJW 1969, 1833 ff
- Ehmann Die Funktion der Zweckverein-
barung bei der Erfüllung -
Ein Beitrag zur causa solvendi
in: JZ 1968, 549 ff
- Elze Lücken im Gesetz;
Begriff und Ausfüllung
München, Leipzig 1916
- Emmerich Das Recht der Leistungsstörung
München 1978
zit: Emmerich S.
- Engel Der Rückgriff des Scheinvaters
wegen Unterhaltsleistungen
Berlin 1974
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürger-
lichen Rechts
1. Halbband 15. Aufl
Tübingen 1959
2. Halbband 15. Aufl
Tübingen 1960
zit: Enneccerus-Nipperdey
AT Bd §
- Enneccerus-Lehmann Recht der Schuldverhältnisse
15. Aufl
Tübingen 1958
- Erman Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch
Band 1 (§§ 1-853)
Band 2 (§§ 854-2385)
7. Aufl
Münster 1981
zit: Erman/Bearbeiter

- Esser § 138 und die Bankpraxis der
Globalzession
in: ZHR 135 (1971) 320 ff
- Esser Urteilsanmerkung zu BGH
JZ 1968, 527
in: JZ 1968, 529 f
- Esser/Schmidt Schuldrecht Band 1, Allgemeiner
Teil
6. Aufl
Heidelberg 1984
zit: Esser/Schmidt AT
- Esser/Weyers Schuldrecht Band 2, Besonderer
Teil
6. Aufl
Heidelberg 1984
zit: Esser/Weyers BT
- Fikentscher Schuldrecht
6. Aufl
Berlin, New York 1976
zit: Fikentscher §
- Fischer Urteilsanmerkung zu OLG Hamm
FamRZ 1980, 456 ff
in: FamRZ 1980, 458 f
- Flume Allgemeiner Teil des Bürgerli-
chen Rechts
2. Aufl
Heidelberg, New York 1975
- Flume Urteilsanmerkung zu BGH
JZ 1962, 280
in: JZ 1962, 282
- Frantz Urteilsanmerkung zu LG Ell-
wangen
FamRZ 1955, 108
in: FamRZ 1955, 110
- Frantz Der Unterhaltsverzicht des ge-
schiedenen Ehegatten und die
öffentliche Fürsorge-
Eine Entgegnung
in: SchlHA 1955, 77 ff
- Gaul Das künftige Verfahren zur
Feststellung der unehelichen
Vaterschaft und seine Wieder-
aufnahme
in: FamRZ 1963, 208 ff

- Geigel Urteilsanmerkung zu BGH
JZ 1954, 505
in: JZ 1954, 507
- Gerhardt Handeln auf eigene Gefahr
Diss Göttingen 1962
zit: Gerhardt Diss S.
- Gerhardt Die Haftungsfreizeichnung in-
nerhalb des gesetzlichen
Schuldverhältnisses
in: JZ 1970, 535 ff
- Gernhuber Lehrbuch des Familienrechts
3. Aufl
München 1980
- Gernhuber Die Erfüllung und ihre Surro-
gate,
Handbuch des Schuldrechts
Band 3
Tübingen 1983
zit: Gernhuber Erfüllung
- Giese Zur "Ausstrahlung" des Rechts
der öffentlichen Fürsorge auf
die bürgerlich-rechtliche Un-
terhaltspflicht
in: FamRZ 1982, 11 ff
- Giese Erwiderung zu: Ullenbruch,
Besteht ein Wahlrecht des be-
dürftigen Enkels auf Unterhalt
durch die Großeltern oder auf
Hilfe zum Lebensunterhalt nach
dem Bundessozialhilfegesetz,
FamRZ 1982, 664
in: FamRZ 1982, 666
- Giese Unterhaltsverzicht und Sozial-
hilfe -
Anmerkung zu OLG Hamm
ZfF 1978, 255
in: ZfF 1978, 251 ff
- Gießler Verzug mit der Unterhalts-
schuld bei sog unbestimmter
Mahnung -
Bemerkungen zu BGH
FamRZ 1984, 163
in: FamRZ 1984, 954 ff
- Göppinger Unterhaltsrecht
4. Aufl
Bielefeld 1981
zit: Göppinger/Bearbeiter

- Göppinger Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung
4. Aufl
München 1982
zit: Göppinger Vereinbarungen
- Göppinger Unterhaltsverzicht "mit Ausnahme des Falles der Not"
in: FamRZ 1970, 222 ff
- Gottschick-Giese Das Bundessozialhilfegesetz
8. Aufl
Köln ua 1983
- Greger Beweis und Wahrscheinlichkeit
Köln ua 1978
- Hampel Unterhaltsverzicht unter Ehegatten bei bestehender oder später eintretender Hilfsbedürftigkeit der Frau
in: FamRZ 1960, 421 ff
- Hegmann Die Beschränkung der Ersatzansprüche Dritter durch § 1613
in: FamRZ 1973, 435 ff
- Henkel Einführung in die Rechtsphilosophie
2. Aufl
München 1977
- Hoffmann-Stephan Kommentar zum Ehegesetz
2. Aufl
München 1968
- Holzhauer Familien- und Erbrecht, Freiwillige Gerichtsbarkeit
Frankfurt/M 1984
zit: Holzhauer S.
- Holzhauer Die Neuregelung des Unterhalts Geschiedener
in: JZ 1977, 73 ff
- Holzhauer Der Unterhaltsregreß
in: Recht und Rechtserkenntnis, Festschrift für Ernst Wolf zum 70. Geburtstag, S. 223 ff
Köln, Berlin, Bonn, München 1985
zit: Holzhauer, Wolf-FS
- Hornhardt, v. Urteilsanmerkung zu OLG Köln DNotZ 1981, 444 ff
in: DNotZ 1981, 447 ff

Hotze	Der Unterhaltsverzicht der verschiedenen Ehefrau und die öffentliche Fürsorge Diss Marburg 1958/60
Huhn	Über einverständliche Ehescheidung und Unterhaltsverzicht in: FamRZ 1967, 267 ff
Jansen-Knöpfel	Das neue Unehelichengesetz Frankfurt/M, Berlin 1967
Jauernig	Kommentar zum BGB 3. Aufl München 1984 zit: Jauernig/Bearbeiter
Klein	Untergang der Obligation durch Zweckerreichung Berlin 1905
Knopp-Fichtner	Bundessozialhilfegesetz Kommentar 5. Aufl München 1983
Köhler	Handbuch des Unterhaltsrechts 6. Aufl München 1983 zit: Köhler Handbuch Rdn
Köhler	Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörung im Schuldverhältnis München 1971 zit: Köhler S.
Köhler	Die Bedeutung unentgeltlicher Zuwendungen Dritter für den Unterhaltsanspruch in: NJW 1957, 940 f
Koppensteiner-Kramer	Ungerechtfertigte Bereicherung Berlin, New York 1975
Kropholler	Die Stellung des Unterhaltszweitschuldners in: FamRZ 1965, 413 ff
Kunz	Besteht noch eine Unterhaltspflicht zwischen Verwandten zweiten oder entfernteren Grades? in: FamRZ 1977, 291 ff

- Lange Schadensersatz
 Handbuch des Schuldrechts
 Band 1
 Tübingen 1979
 zit: Lange Schadensersatz S.
- Lange BGB Allgemeiner Teil
 15. Aufl
 München 1974
 zit: Lange AT 15. Aufl
- Larenz Allgemeiner Teil des Deutschen
 Bürgerlichen Rechts
 6. Aufl
 München 1983
 zit: Larenz AT
- Larenz Lehrbuch des Schuldrechts
 1. Band, Allgemeiner Teil
 13. Aufl
 München 1982
 zit: Larenz SchuldR I
- Larenz Lehrbuch des Schuldrechts
 2. Band, Besonderer Teil
 12. Aufl
 München 1981
 zit: Larenz SchuldR II
- Larenz Geschäftsgrundlage und Ver-
 tragserfüllung
 3. ergänzte Aufl
 München, Berlin 1963
 zit: Larenz Geschäftsgrund-
 lage S.
- Larenz Methodenlehre der Rechtswis-
 senschaft
 5. Aufl
 Berlin ua 1983
 zit: Larenz Methodenlehre
- Larenz Zur Abgrenzung des Vermögens-
 schadens vom ideellen Schaden
 in: VersR 1963, 312 ff
- Larenz Grundsätzliches zu § 138 BGB
 in: JurJb 1966/67, 98 ff
- Lindacher Grundsätzliches zu § 138 BGB -
 Zur Frage der Relevanz subjek-
 tiver Momente
 in: AcP 173, 124 ff

Medicus	Bürgerliches Recht 11. Aufl Köln ua 1983 zit: Medicus Rdn
Mergler-Zink	Bundessozialhilfegesetz Kommentar 3. Aufl Köln ua 1981
MöBmer	Urteilsanmerkung zu RGZ 159, 162 ff in: DR 1939, 308 f
Motive	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Band II Recht der Schuldver- hältnisse Band IV Familienrecht Berlin und Leipzig 1888
Münchener Kommentar	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 1, Allgemeiner Teil, München 1978 Band 2, Schuldrecht, Allge- meiner Teil, München 1979 Band 3, 2. Halbband (§§ 657-853) München 1980 Band 5, Familienrecht München 1978 zit: MK/Bearbeiter
Musielak	Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß Berlin, New York 1975
Mutschler	Urteilsanmerkung zu BGH FamRZ 1980, 1099 ff in: FamRZ 1980, 1101 ff
Mutschler	Urteilsanmerkung zu BGH FamRZ 1981, 242 in: FamRZ 1981, 244 f
Oertmann	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Erstes Buch, Allgemeiner Teil 2. Aufl Berlin 1908
Oertmann	Die Zahlung fremder Schulden in: AcP 82, 367 ff

- Palandt Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch
44. Aufl
München 1985
zit: Pal/Bearbeiter
- Picker Gutgläubiger Erwerb und Berei-
cherungsausgleich bei Leistun-
gen im Dreipersonenverhältnis
in: NJW 1974, 1790 ff
- Prütting Gegenwartsprobleme der Beweis-
last
München 1983
- Ramm Zur Neuregelung des Rechts
der Ehescheidung und der
Scheidungsfolgen
in: JZ 1970, 753 ff
- Reeb Grundprobleme des Bereiche-
rungsrechts
München 1975
- RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch
Band I, §§ 1-240
12. Aufl
Berlin, New York 1982
Band II, 1. Teil §§ 241-413
12. Aufl
Berlin, New York 1976
1. Lieferung, §§ 812-822
12. Aufl
Berlin, New York 1974
53. Lieferung, §§ 1601-1615 o
12. Aufl
Berlin, New York 1984
zit: RGRK/Bearbeiter
- RGRK (10./11. Aufl) Das Bürgerliche Gesetzbuch
IV. Band, 3. Teil, EheG und
Hausratsverordnung
10./11. Aufl
Berlin 1968
zit: RGRK/Bearbeiter 10./11.
Aufl
- Reinhardt Die Zulässigkeit des Verzichts
auf den nach Scheidung der Ehe
gegebenen Unterhaltsanspruch
Bielefeld 1965
- Reuter-Martinek Ungerechtfertigte Bereicherung
Handbuch des Schuldrechts
Band 4
Tübingen 1983

- Riedel Zum Unterhaltsverzicht in
Scheidungsvergleichen als Sit-
tenverstoß gegenüber Außenste-
henden
in: ZfF 1960, 3 ff
- Rilk Die Unterhaltspflicht des
schuldig geschiedenen Ehegat-
ten nach dem Gesetz vom
8. Juli 1938
in JW 1939, 71
- Rolland Das neue Ehe- und Familien-
recht
Kommentar zum 1. Eherechtsre-
formgesetz
2. Aufl
Neuwied, Darmstadt 1982
- Rosenberg-Schwab Zivilprozeßrecht
13. Aufl
München 1981
- Rother Die Erfüllung durch abstraktes
Rechtsgeschäft
in: AcP 169, 1 ff
- Ruland Unterhaltsverzicht und wieder-
aufgelebte Hinterbliebenenrente
in: MDR 1976, 453 ff
- Sbresny Unterhaltsverzicht und Sozial-
hilfe
in: ZfF 1982, 241 ff
- Schellhorn-Jirasek-
Seipp Kommentar zum Bundessozial-
hilfegesetz
11. Aufl
Neuwied, Darmstadt 1984
zit: Schellhorn §
- Schmidt Besprechung von Medicus,
Bürgerliches Recht,
6. Aufl
Köln ua 1973
in: AcP 175, 165 ff
- Schneider Beweis und Beweiswürdigung
3. Aufl
München 1978
zit: Schneider §
- Schönke-Schröder Kommentar zum Strafgesetzbuch
21. Aufl
München 1982
zit: Schönke-Schröder/Bearbei-
ter

- Schumacher Geschiedenenunterhalt nach dem
 1. Eherechtsreformgesetz
 in: MDR 1976, 881 ff
- Schwab Handbuch des Scheidungsrechts
 München 1977
 zit: Schwab Handbuch Rdn
- Seibert Erfüllung und Konvaleszenz
 in: JZ 1981, 380 ff
- Seibert Erfüllung durch finale Lei-
 stungsbewirkung
 Hamburg 1982
- Seibt Zur Unwirksamkeit des Unter-
 haltsverzichts geschiedener
 Ehegatten gegenüber der Für-
 sorgebehörde
 in: ZfF 1955, 211 ff
- Serick Eigentumsvorbehalt und Siche-
 rungsübereignung
 Band III: Die einfache Siche-
 rungsübereignung - Zweiter Teil
 Heidelberg 1970
 zit: Serick §
- Sinn Zum Rückgriff bei ungewollter
 Zahlung fremder Schulden
 (§ 267 BGB)
 in: NJW 1968, 1857 ff
- Sinn Der Rückgriff des Scheinvaters
 gegen den wirklichen Erzeuger
 in: NJW 1968, 526 ff
- Soergel Kommentar zum Bürgerlichen
 Gesetzbuch
 Band 1, Allgemeiner Teil
 11. Aufl
 Stuttgart ua 1978
 Band 6, Familienrecht
 11. Aufl
 Stuttgart ua 1981
 zit: Soergel/Bearbeiter
- Soergel-Siebert Kommentar zum Bürgerlichen
 Gesetzbuch
 Band 3, Schuldrecht II
 (§§ 611-853)
 10. Aufl
 Stuttgart ua 1969
 Band 5, Familienrecht
 10. Aufl
 Stuttgart ua 1971
 zit: Soergel-Siebert/Bearbei-
 ter 10. Aufl

Staudinger .

Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch
Erstes Buch, Allgemeiner Teil
(§§ 90-240)
12. Aufl
Berlin 1980
Zweites Buch, Recht der Schuld-
verhältnisse (§§ 243-254)
12. Aufl
Berlin 1983
Zweites Buch, Recht der Schuld-
verhältnisse (§§ 255-327)
12. Aufl
Berlin 1979
Zweites Buch, Recht der Schuld-
verhältnisse (§§ 812-822)
12. Aufl
Berlin 1979
zit: Staud/Bearbeiter

Staudinger
(10./11. Aufl)

Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch
II. Band, Recht der Schuldver-
hältnisse, Teil 1 c (§§ 249-327)
10./11. Aufl
Berlin 1967
II. Band, Recht der Schuldver-
hältnisse, Teil 1 d (§§ 328-432)
10./11. Aufl
Berlin 1978
II. Band, Recht der Schuldver-
hältnisse, 4. Teil (§§ 705-822)
10./11. Aufl
Berlin 1967
IV. Band, Familienrecht, Teil 3 a
(§§ 1589-1698 b)
10./11. Aufl
Berlin 1966
IV. Band, Familienrecht, Teil 3 b
(§§ 1705-1921)
10./11. Aufl
Berlin 1969
zit: Staud/Bearbeiter 10./ 11.
Aufl

Stoll, Hans

Die Gültigkeit haftungsaus-
schließender oder haftungsbe-
grenzender Klauseln nach
deutschem Recht
in: Deutsche und zivil- und
kollisionsrechtliche Beiträge
zum internationalen Kongreß
für Rechtsvergleichung in
Teheran 1974, S. 1 ff
Tübingen 1974

- Stolterfoth Der Scheinvater-Regreß -
"Institutionelle Unverträglich-
keit" von cessio legis und
condictio indebiti im Rahmen
des neuen § 1615 b BGB?
in: FamRZ 1971, 341 ff
- Thiele Gedanken zur Vorteilsausglei-
chung
in: AcP 167, 193 ff
- Thomä Tilgung fremder Schuld durch
irrtümliche Eigenleistung
in: JZ 1962, 623 ff
- Tipke Urteilsanmerkung zu LG Duis-
burg NJW 1954, 1122
in: NJW 1954, 1728 f
- Tipke Urteilsanmerkung zu LG Köln
FamRZ 1954, 203
in: FamRZ 1954, 253
- Tipke Die Bedeutung des Unterhalts-
verzichts des geschiedenen
Ehegatten für die öffentliche
Fürsorge
in: ZfF 1953, 82 ff
- Tipke Nochmals: Zur Sittenwidrig-
keit des Unterhaltsverzichts
in: ZfF 1954, 152 ff
- Tipke Der Unterhaltsverzicht des ge-
schiedenen Ehegatten und die
öffentliche Fürsorge
in: FamRZ 1954, 158 ff
- Walter Schuldprinzip kraft Ehever-
trags? - Zur Gestaltungsfrei-
heit bei Unterhaltsvereinba-
rungen
in: NJW 1981, 1409 ff
- Walter Urteilsanmerkung zu BGH
JZ 1978, 111 f
in: JZ 1978, 112 ff
- Walter Der Anwendungsbereich des
Anscheinsbeweises
in: ZfP 90 (1977), 270 ff
- Weitnauer Zum Stand der Rechtsprechung
und Lehre zur Leistungskon-
diktion
in: NJW 1979, 2058 ff

- Westermann, Harry Interessenkollision und ihre
 richterliche Wertung bei den
 Sicherungsrechten der Fahr-
 nis und Forderungen
 Karlsruhe 1954
- Westermann
Harm Peter Bereicherungshaftung des Er-
 werbers gestohlener Sachen.
 Zur "Subsidiarität" der Ein-
 griffskondition, BGHZ 55, 176
 in: JuS 1972, 18 ff
- Wieacker Leistungshandlung und Leistungs-
 erfolg im bürgerlichen Schuld-
 recht
 in: Festschrift für Nipperdey
 zum 70. Geburtstag, Band 1,
 S. 783 ff
 München und Berlin 1965
- Wiethaup Sittenwidrigkeit von Unter-
 haltsverzicht
 in: MDR 1954, 9 ff
- Wollschläger Die Geschäftsführung ohne
 Auftrag
 Berlin 1976
- Zeiss Der Regreß des "Zahlvaters"
 gegen den wirklichen unehe-
 lichen Erzeuger
 in: FamRZ 1967, 532 ff
- Zeiss Leistungsverhältnis und In-
 solvenzrisiko bei irrtümli-
 cher Tilgung fremder Schulden
 in: AcP 165, 332 ff
- Zöllner Zivilprozeßordnung
 14. Aufl
 Köln 1984
 zit: Zöllner/Bearbeiter

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
Abs	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
aE	am Ende
aF	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingung
AK	Alternativ-Kommentar
AktG	Aktiengesetz
allg	allgemein
Alt	Alternative
amtl	amtlich(e)
AnfG	Anfechtungsgesetz
Anm	Anmerkung
Art	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
AufI	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Der Betriebsberater
Bd	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichts- hofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichts- hofes in Zivilsachen
Bl	Blatt
BSG	Bundessozialgericht
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
BT-Drs	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfas- sungsgerichts
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
DAR	Deutsches Autorecht
DAVorm	Der Amtsvormund
DB	Der Betrieb
ders	derselbe
dh	das heißt
Diss	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz
DNotZ	Deutsche Notarzeitung
DR	Deutsches Recht
EheG	Ehegesetz
EheRG	Eherechtsreformgesetz
Erg	Ergebnis
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht

fol	folgende Seiten
Fu	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
GGA	Geschäftsführung ohne Auftrag
Grds, grds	Grundsatz, grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
Halbs	Halbsatz
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
insbes	insbesondere
iSd	im Sinne des
iVm	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau
JurJb	Juristen-Jahrbuch
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap	Kapitel
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
Lit	Literatur
LM	Lindenmaier/Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
MDR	Monatszeitschrift für Deutsches Recht
MK	Münchener Kommentar
Mot	Motive
mwNw	mit weiteren Nachweisen
ND	Nachrichten-Dienst
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr	Nummer
Nw	Nachweis(e)
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
Pal	Palandt
Rn	Randnummer
RegF	Regierungs-Entwurf
RFV	Reichsverordnung über die Fürsorgepflicht
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rspr	Rechtsprechung
RVG	Reichsversicherungsordnung
s	siehe
S	Satz
S.	Seite
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte
SGB	Sozialgesetzbuch
so	siehe oben

sog	sogenannt
Sp	Spalte
Staud	Staudinger
StGB	Strafgesetzbuch
StVG	Straßenverkehrsgesetz
su	siehe unten
u	unten
uä	und ähnliche
Urt	Urteil
uU	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VersR	Versicherungsrecht
vgl	vergleiche
Vorbem	Vorbemerkung
Warn	Warneyer, die Rechtsprechung des Reichsgerichts
WM	Wertpapier-Mitteilungen
zB	zum Beispiel
ZBlJugR	Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt
Zff	Zeitschrift für das Fürsorgewesen
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff	Ziffer
zit	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Lebenslauf

Ich, Matthias Paul Wilhelm Koch, wurde am 23. März 1956 in Münster/Westf. als einziges Kind der Eheleute Wilhelm Koch und Maria Koch, geb. Hötte geboren. Nach der Volksschulzeit besuchte ich das Städtische Rats-Gymnasium in Münster, an dem ich im Juni 1974 das Abitur ablegte. Im Wintersemester 1974/75 nahm ich an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster das Studium der Rechtswissenschaften auf. Am 17.5.1980 legte ich das 1. Juristische Staatsexamen vor dem Justizprüfungsamt Hamm ab. Am 1. Juli 1980 trat ich in den Referendardienst in den Landgerichts-Bezirken Münster und Essen ein; die Referendarzeit schloß ich mit der 2. Juristischen Staatsprüfung am 14. Dezember 1982 ab. Von Januar 1983 bis März 1985 war ich als wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Deutsche Rechtsgeschichte der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster tätig. Im April 1983 nahm ich die Arbeit an der vorliegenden Dissertation auf, deren Manuskript im März 1985 abgeschlossen wurde. Am 14. Dezember 1984 wurde ich zur Rechtsanwaltschaft zugelassen; seit dem 1. April 1985 bin ich in Bochum als Rechtsanwalt tätig.

